

**Universidad San Francisco de Quito**  
**Colegio de Jurisprudencia**

Limitaciones al Derecho Publicitario  
Especial enfoque en el empaquetado genérico de  
productos del tabaco

**Michelle Semanate Sierra**

**Director: Dr. Carlos Alberto Arroyo del Río V.**

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención de título de abogado

Quito, noviembre de 2012

# UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

## HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

***"Limitaciones al Derecho Publicitario: Especial enfoque en el empaquetado genérico de productos del tabaco"***

***Michelle Semanate Sierra***

Dra. María de los Angeles Lombeyda  
Presidente del Tribunal e Informante

Dr. Carlos Alberto Arroyo del Río  
Director de Tesis

Dra. Sophia Espinosa  
Delegado del Decano e Informante

Dr. Luis Parraguez  
Decano del Colegio de Jurisprudencia

  
.....  
  
.....  
  
.....  
  
.....

Quito, 16 de Enero de 2013

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art.144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:



Nombre: Michelle Semanate

C.I.: 121894542-9

Fecha: 16/01/2013

## Acta de Grado

En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico intitulado "Limitaciones al Derecho Publicitario: Especial enfoque en el empaquetado genérico de productos del tabaco", presentado por la estudiante, señorita Michelle Alejandra Semanate Sierra previo a la obtención del título de Abogada.

Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, conformó el Tribunal de Grado, con los siguientes profesores:

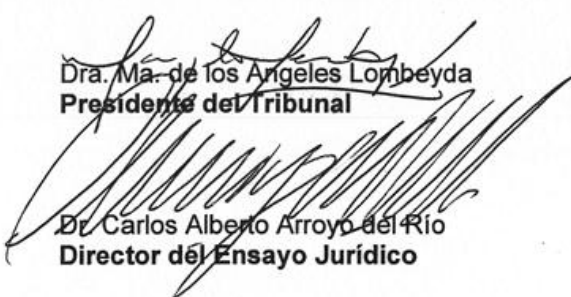
Señora Doctora Ma. de los Ángeles Lombeyda, Presidente del Tribunal e Informante del Ensayo Jurídico;  
Señor Doctor Carlos Alberto Arroyo del Río, Director del Ensayo Jurídico;  
Señora Doctora, Sophia Espinosa Coloma Delegada del Decano e Informante del Ensayo Jurídico.

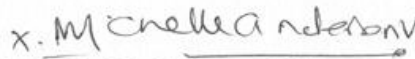
El grado se instauró con la presencia física del Presidente e informante y el Director del ensayo jurídico; y, vía teleconferencia con la Delegada del Decano e informante del ensayo jurídico, quien autoriza a firmar en su nombre a la Coordinadora Académica del Colegio de Jurisprudencia de la USFQ, Michelle Marie Anderson.

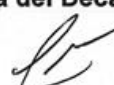
El Tribunal, después de haber examinado al estudiante por espacio de una hora, le asignó a la Defensa Oral la calificación de 96/100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 96/100, da la nota final de Grado de 96/100, equivalente a "A" la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.

Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy, miércoles 16 de enero de 2013.

  
Dra. Ma. de los Angeles Lombeyda  
Presidente del Tribunal

  
Dr. Carlos Alberto Arroyo del Río  
Director del Ensayo Jurídico

x.   
Dra. Sophia Espinosa Coloma  
Delegada del Decano

  
Srta. Michelle A. Semanate Sierra

Campus Cumbayá:  
Diego de Robles S/N y Pampite,  
Urb. Jardines del Este, Círculo de Cumbayá  
P.O.Box: 17-12-841. Quito - Ecuador  
Telfs: (593-2) 297-1700, 297-1705  
Fax: (593-2) 289-0070



**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**  
**EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA**

**TESINA/TITULO:** Limitaciones al Derecho Publicitario, especial enfoque en el empaquetado genérico de productos del tabaco

**ALUMNA:** Michelle Semanate Sierra

**EVALUACIÓN:**

- a) **Importancia del problema presentado:** El tema ha tomado relevancia debido a que esta medida ha venido siendo impulsada por grupos anti-tabaco y por Organizaciones Internacionales como la OMS, como un posible medio idóneo para evitar un crecimiento en los consumidores de este tipo de productos; de hecho internacionalmente se vienen adoptando una serie de medidas restrictivas a la publicidad de cigarrillos a fin de procurar reducir su consumo. Sin embargo, a diferencia de otras medidas restrictivas anti-tabaco, la del empaquetado genérico merece especial análisis jurídico ya que más allá de ser una clara limitación al Derecho Publicitario se debe considerar su posible injerencia respecto de derechos fundamentales como el de la libertad de expresión, el derecho a la propiedad privada y el derecho a la información de los consumidores, principalmente.
- b) **Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador:** El considerar cómo la utilización de empaques genéricos en productos del tabaco es una limitación a la publicidad que podría afectar otros derechos, ayudó al desarrollo de la hipótesis, el cual ahondó en el análisis de los derechos fundamentales que convergen, partiendo de los criterios de creación de las limitaciones del discurso publicitario en relación a la conservación de la salud humana.

El enfoque de la tesina fue en relación a la existencia de una posible vulneración al derecho a la libertad de expresión, a la propiedad privada, y a los derechos de los consumidores, analizando la legalidad, legitimidad, necesidad y proporcionalidad de esta medida restrictiva y sus efectos. Así mismo se ha incluido la aplicación analítica de un moderno estándar jurisprudencial norteamericano que permite analizar la viabilidad y pertinencia de cualquier tipo de limitación a la expresión publicitaria, que incluye el ponderar si se trata de una medida directa que conlleva al fin propuesto, que en el presente caso constituye la reducción de la población de fumadores.

- c) **Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados:** Las fuentes bibliográficas fueron suficientes; pues se utilizó un número considerable de fuentes actualizadas, tanto doctrina (libros, artículos de revistas y documentos web) como

jurisprudencia y legislación (convenios internacionales y normativa jurídica de distintos países incluido el Ecuador) para sustentar cada punto de la tesina. Se evidencia un profundo trabajo de investigación y su aplicación analítica a las hipótesis planteadas.

- d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada):** La tesina se encuentra debidamente argumentada en relación a la justificación de la hipótesis planteada; se concluye que el empaquetado genérico de productos del tabaco puede considerarse una medida restrictiva a la libertad de expresión, a la propiedad privada y al derecho de los consumidores, toda vez que restringe el principio de la máxima divulgación de información al consumidor, todo lo cual hace que esta medida restrictiva que no logre cumplir a cabalidad con los principios de legalidad, legitimidad, necesidad y pertinencia que puedan justificarla como medida idónea y directa para la consecución del fin cual es la preservación de la salud del individuo por parte del Estado mediante la reducción de la población de fumadores.



Dr. Carlos Alberto Arroyo del Río V.

*A mis padres,  
por su amor y apoyo incondicional.*

*Para mi hermana,  
sin ti nada de esto sería posible.*

*A mi Director, Carlos Alberto,  
por compartir sus valiosos conocimientos.*

*A mis queridos amigos.*

## **RESUMEN**

La presente tesina es un estudio de las limitaciones al Derecho Publicitario que generan la mayor controversia en la época actual, como lo es el empaquetado genérico y especialmente su aplicación a los productos del tabaco. Este trabajo parte de la base analítica de los derechos de libertad, propiedad y los derechos de los consumidores; considerando los orígenes de la publicidad, su trascendencia actual y su regulación. Asimismo, estudia las nuevas tendencias regulatorias y las diversas limitaciones que existen respecto del derecho publicitario; concluyendo con el análisis del empaquetado genérico.

Esta tesina realiza un estudio exhaustivo de los derechos fundamentales que podrían considerarse comprometidos en la aplicación del empaquetado genérico a la luz del análisis de la legalidad de esta medida como método efectivo para disminuir la población fumadora.



## **ABSTRACT**

This dissertation is a study of the most controversial limitations to Advertising Law at the present time, such as generic packaging and its application to tobacco products. It analyzes the rights of freedom, property, and those of consumers; it also considers the origins of advertising, its current significance, and regulation. Furthermore, it studies the new regulatory trends and the various constraints that exist regarding Advertising Law, concluding with the analysis of generic packaging of tobacco products.

The dissertation is a wide-ranging study of the fundamental rights possibly committed in the execution of generic packaging in the light of the analysis of the legality of this measure as an effective method to reduce the smoking population.

# ÍNDICE

RESUMEN .....	VII
---------------	-----

ABSTRACT .....	VIII
----------------	------

ÍNDICE.....	IX
-------------	----

INTRODUCCIÓN .....	1
--------------------	---

CAPÍTULO 1. MARCO NORMATIVO Y CONCEPTOS GENERALES .....	5
---	---

1. Derechos Fundamentales de las sociedades .....	5
---	---

1.1. Derecho a la Libertad .....	8
----------------------------------	---

1.1.1. La libertad de expresión .....	10
---------------------------------------	----

1.1.2. La libertad de información .....	25
---	----

1.1.3. La libertad de trabajo.....	30
------------------------------------	----

1.1.4. La libertad de empresa .....	35
-------------------------------------	----

1.1.5. El principio de igualdad .....	37
---------------------------------------	----

1.2. El derecho a la Propiedad Intelectual .....	43
--	----

2. La Publicidad .....	54
------------------------	----

2.1. La diferencia entre Marketing, Publicidad y <i>Advertainment</i> .....	59
---	----

CAPÍTULO 2. LA REGULACIÓN PUBLICITARIA.....	62
---	----

1. Nuevas tendencias regulatorias .....	74
---	----

1.1. El Medio Ambiente .....	76
------------------------------	----

1.2. La Salud .....	79
---------------------	----

1.2.1. Productos legales de consumo sensible .....	82
--	----

1.2.1.1. Tabaco .....	84
-----------------------	----

1.2.1.2. Medicamentos .....	87
-----------------------------	----

1.2.1.3. Licor .....	90
----------------------	----

1.3. Los derechos de los consumidores con respecto a la publicidad.....	92
---	----

<b>2. Limitaciones a la expresión publicitaria .....</b>	<b>95</b>
2.1. Publicidad dirigida a menores de edad.....	96
2.2. Publicidad en redes sociales, el behavioral marketing o targeting.....	98
2.3. Decency .....	100
2.4. Green Marketing .....	103
2.5. Ambush Marketing .....	106
2.6. Publicidad comparativa.....	108
2.7. Empaquetado genérico.....	111

### **CAPÍTULO 3. EMPAQUETADO GENÉRICO DE PRODUCTOS DEL TABACO.....113**

<b>1. Objeto de creación .....</b>	<b>113</b>
<b>2. Características de los empaques en Ecuador .....</b>	<b>115</b>
<b>3. Empaquetado genérico en productos del tabaco.....</b>	<b>120</b>
<b>4. Análisis de la inclusión de la medida de empaquetado genérico en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....</b>	<b>124</b>
4.1. Legalidad.....	125
4.2. Legitimidad .....	128
4.3. Necesidad .....	129
4.4. Proporcionalidad .....	131
4.5. Estándares de protección al discurso publicitario .....	138

### **CONCLUSIONES.....142**

### **BIBLIOGRAFÍA .....145**

### **DOCTRINA ..... 145**

### **JURISPRUDENCIA ..... 161**

### **PLEXO NORMATIVO..... 164**

## INTRODUCCIÓN

Una de las limitaciones al Derecho Publicitario que está en ardida discusión es el empaquetado genérico de los productos del tabaco. Si bien en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la Ley Orgánica para el Control del Tabaco no contempla esta limitación publicitaria, es necesario realizar un análisis acerca de la legalidad de esta medida, toda vez que, por ejemplo, la normativa Australiana, ya ha aceptado esta limitación como herramienta para disminuir la sociedad de fumadores en ese país.

La discusión básica desarrollada en la doctrina y en la jurisprudencia son las posibles vulneraciones a derechos fundamentales tales como la libertad de expresión, el derecho a la propiedad privada y los derechos de los consumidores, por cuanto al momento que estas medidas sean adoptadas, los derechos antes mencionados podrían ser afectados.<sup>1</sup>

Hay diversas posiciones o enfoques respecto de adoptar un empaque genérico para los cigarrillos. Un enfoque a considerar son las políticas públicas respecto a la salud integral de las personas, razón por la que se considerarían legítimas las limitaciones a la publicidad de los productos del tabaco.

Respecto a esta postura, activistas del control del tabaco y Organizaciones Internacionales como la Organización Mundial de la Salud recomiendan la erradicación de todo tipo de publicidad de productos de tabaco. Estas exigencias pretenden que todas las formas de exhibición de marca (logotipos, colores y gráficos) deberían ser removidos del empaque, con excepción del nombre de la marca, la cual estaría en un tipo de letra uniforme a las demás marcas competidoras. Asimismo, todas las cajetillas serían blancas, marrón o de otro color neutro, con excepción a las advertencias sanitarias obligatorias.<sup>2</sup> Por lo tanto, el objetivo, según los que proponen la utilización

---

<sup>1</sup> Philip Morris International. *El empaquetado genérico*. [http://www.pmi.com/esp/tobacco\\_regulation/regulating\\_tobacco/pages/generic\\_packaging.aspx](http://www.pmi.com/esp/tobacco_regulation/regulating_tobacco/pages/generic_packaging.aspx) (acceso: 14/05/2012).

<sup>2</sup> Organización Mundial de la Salud. *Directrices sobre el empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco*. [http://www.who.int/fctc/guidelines/article\\_11\\_es.pdf](http://www.who.int/fctc/guidelines/article_11_es.pdf) (acceso: 02/09/2012).

de empaquetados genéricos, es hacer que todos los empaques sean poco atractivos para el público para con ello reducir el consumo de productos del tabaco.<sup>3</sup>

El Convenio Marco para el Control del Tabaco expedido por la Organización Mundial de la Salud fue aprobado por la Asamblea Mundial de la Salud en mayo de 2003. Más de 160 países, incluido el Ecuador, son parte de este Tratado.<sup>4</sup> En el Ecuador entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial No. 382 de 23 de octubre de 2006. Su objetivo es prevenir el inicio del consumo de tabaco y promover el dejar de fumar; entre sus disposiciones se encuentran medidas para reducir la demanda de productos de tabaco y medidas para reducir la oferta de productos de tabaco.

Sin embargo, existe un enfoque diferente el cual analiza los distintos aspectos de ciertos derechos fundamentales posiblemente comprometidos si tal limitación publicitaria fuese implementada. En primer lugar, es necesario referirse a la probable limitación a la libertad de expresión, esto en relación de la máxima de mayor divulgación de información, la que estaría coartada si no se permitiese publicitar la marca del producto del tabaco en el empaque genérico.

La libertad de expresión en su núcleo esencial pretende la existencia de un ambiente tolerante respecto a la libertad de empresa y de comercio que permita a las personas el publicitar sus productos y servicios y que los consumidores puedan tomar decisiones debidamente informadas considerando toda la información que puedan recibir.<sup>5</sup>

Asimismo, la regulación del empaquetado genérico podría considerarse como una afectación al derecho a la propiedad privada; pues se estaría prohibiendo el uso de marcas y diseños distintivos registrados a favor del productor de productos del tabaco.<sup>6</sup> Las marcas son bienes intangibles protegidos por leyes nacionales y acuerdos internacionales. Así, en Ecuador tanto la Constitución de la República, como la Ley de

---

<sup>3</sup> Centro Internacional de Recursos. *Campaña para Niños Libres de Tabaco*. [http://tobaccofreecenter.org/es/tobacco\\_treaty](http://tobaccofreecenter.org/es/tobacco_treaty) (acceso: 19/06/2012).

<sup>4</sup> Organización Mundial de la Salud. *Convenio Marco para el Control del Tabaco*. Registro Oficial 382 de 26 de octubre de 2006.

<sup>5</sup> Federico Contreras Peláez. *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid: Temis, 1994, p. 21.

<sup>6</sup> Philip Morris International. *El empaquetado genérico*. *Óp. cit.* p. 1.

Propiedad Intelectual determinan su protección; y respecto de normativa internacional tenemos, por ejemplo, la protección que otorgan los ADPIC y la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones.

En este sentido, la protección de la propiedad intelectual abarca no solo el nombre de la marca sino también otros elementos distintivos como logotipos, combinaciones de colores, distintos tipos de letra, imágenes y otras características de diseño que ayudan a otorgar distintividad al producto o servicio ofertado.

Existen varias limitaciones y tendencias regulatorias respecto al Derecho Publicitario, podemos encontrar el green marketing, el cual según los tratadistas Hennison y Kinneer, es el proceso de gestión publicitaria integral y responsable basada en identificar, anticipar y satisfacer las necesidades de los clientes y la sociedad, de una manera rentable y sostenible.<sup>7</sup> El behavioral marketing que se define como una forma de obtener el comportamiento de navegación en la red de un usuario para con ello crear un perfil de preferencias de sitios en los cuales navega y la frecuencia en los que ingresa a estos, para lograr crear un target de posibles publicidades que le serían de interés.<sup>8</sup>

El decency, que nos explica que todo acto de expresión publicitaria se encuentra subsumido a un estándar de decencia, en especial a publicidad enfocada a menores de edad. También se analiza el ambush marketing que según el concepto de Jerry Welsh, se debe entender que al comprar un patrocinio en un evento deportivo, la compañía solo adquiere un paquete estándar de derechos y medios para publicitar sus productos o servicios, es decir, que no incluye otros espacios publicitarios de posible explotación.<sup>9</sup> Por último, el empaquetado genérico, que se refiere a los empaques de productos sin logotipos ni cualquier aditamento que denote una marca específica.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Michael Baker y Susan Hart. *The Marketing Book*. Boston: Vintage Books, 2008, pp. 27-29.

<sup>8</sup> Corina Parashiv y Sarah Spiekermann, *Motivating Human-Agent Interaction: Transferring insights from Behavioral Marketing*. La Haya: Kluwer Law International, 2002, p. 255.

<sup>9</sup> José Piñeiro Salguero y Antoni Rubí Puig. *Ambush marketing en eventos deportivos*. Barcelona: Paidós, 2007, p. 36.

<sup>10</sup> Organización Mundial de la Salud. *Diez datos sobre la epidemia de tabaquismo y el control mundial del tabaco*. Ginebra: OMS, 2008, p. 45.



Con estos antecedentes, indicamos que el primer capítulo de esta tesina desarrolla, entre otros, los derechos de libertad de expresión y de información, posiblemente coartados por la implementación de empaquetados genéricos; además, tratará los orígenes de la publicidad. El segundo capítulo ahonda en el Derecho Publicitario, las nuevas tendencias regulatorias y el por qué de estas, la salud, medio ambiente y los derechos de los consumidores, además, analizará las diversas limitaciones que existen respecto del derecho publicitario; el tercer capítulo analiza lo referente al empaquetado genérico, su objeto de creación y las tendencias legislativas mundiales que lo consideran y lo incluyen; todo esto para concluir que la implementación del empaquetado genérico de productos del tabaco, vista por las organizaciones no gubernamentales y los Estados que la promulgan como un medio para disminuir la población fumadora; no sería una medida directa ni proporcional a los derechos fundamentales que posiblemente serían vulnerados por su implementación como la libertad de expresión, información, el derecho a la propiedad y los derechos de los consumidores.

Para esta tesina son relevantes los siguientes aspectos. Primero, entender dónde se origina, qué es y por qué es importante el Derecho Publicitario. En segundo lugar, se debe tomar en cuenta los derechos objeto del análisis como la salud, libertad de expresión, de información, la propiedad privada y los derechos de los consumidores y las posibles consecuencias jurídicas concernientes a la implementación del empaquetado genérico de los productos del tabaco. Por tanto, se tratará de realizar un análisis legislativo, doctrinario y jurisprudencial acerca de las limitaciones al Derecho Publicitario, dando especial importancia al empaquetado genérico en los productos del tabaco y sus posibles repercusiones en los derechos fundamentales antes mencionados.

## **CAPÍTULO 1. MARCO NORMATIVO Y CONCEPTOS GENERALES**

En este capítulo se abarcará la generalidad de derechos y el marco regulatorio en el que se enmarcan para el debido análisis de la viabilidad de normativa que restrinja la actividad de las tabacaleras de utilizar su marca en los empaques de sus productos o si esta restricción podría afectar a los derechos fundamentales reconocidos unánimemente por los distintos ordenamientos jurídicos en el mundo entero y por las distintas convenciones internacionales, promotoras de la armonización del Derecho. Asimismo, se analizarán los conceptos generales referentes a la publicidad, como medios que garantizan el libre ejercicio de los derechos de propiedad intelectual y la relación con los métodos del marketing para publicitar las distintas marcas que permiten a los consumidores diferenciar y escoger sus productos de manera informada.

### **1. Derechos Fundamentales de las sociedades**

En esta sección se tratará acerca de los derechos fundamentales de las sociedades modernas [1.]; en donde se incluye el análisis del derecho a la libertad [1.1.], máxima social plasmada específicamente en el derecho a la libertad de expresión [1.1.1.], la libertad de información [1.1.2.], el derecho a la libertad de trabajo [1.1.3.], la libertad de empresa [1.1.4.] y el principio de igualdad de trato [1.1.5.]. Dentro de los derechos fundamentales encontramos además el derecho a la propiedad, enfocado en este estudio al derecho respecto de los intangibles, es decir, la propiedad intelectual [1.2.].

Se entiende como derecho fundamental a aquel inherente al ser humano por su condición de tal en razón a la dignidad humana; son reconocidos por un Estado de Derecho debido a su importancia para el debido desarrollo de la personalidad individual y para el ejercicio de la libertad personal como núcleo básico del estatus jurídico de ser humano.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Luis Díez-Picazo. *Sistema de derechos fundamentales*. Segunda Edición. Madrid: Civitas, 2005, p. 21.

Asimismo, se denomina a los derechos fundamentales como el conjunto de derechos subjetivos reconocidos dentro de una Constitución, los cuales tienen como finalidad el garantizar la dignidad de la persona, la libertad, la participación social y la igualdad, no solo por parte de las entidades del Estado sino por todos los ciudadanos quienes deben respetar los derechos y no menoscabar su libre ejercicio.<sup>12</sup>

Los tratadistas ecuatorianos Galo Chiriboga Zambrano y Hernán Salgado Pesantes señalan que los derechos fundamentales se refieren a ciertos valores esenciales y permanentes del ser humano que merecen una adecuada protección jurídica, por lo que éstos se encuentran amparados por la Constitución, y agregan que los derechos fundamentales son derechos humanos que ya han logrado obtener un reconocimiento positivo en el ordenamiento jurídico de un determinado Estado.<sup>13</sup>

Los derechos fundamentales se caracterizan por ser “inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.<sup>14</sup> Además, son derechos ilimitados, ya que, a través de la evolución de la personalidad del ser humano, los derechos fundamentales avanzan y se consolidan; por lo que no se puede hablar de una enumeración taxativa, sino solamente de una lista enunciativa,<sup>15</sup> así podemos observar a la Constitución ecuatoriana la cual en su artículo numeral 7 indica:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.<sup>16</sup>

De igual manera cabe señalar, que los derechos fundamentales operan dentro de la esfera individual de cada individuo; por lo que éstos no son considerados como

---

<sup>12</sup> Germán Bidart Campos. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Ediar, 2007, pp. 45-48.

<sup>13</sup> Galo Chiriboga Zambrano y Hernán Salgado Pesantes. *Los Derechos Fundamentales*. [http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2606%3Alos-derechos-fundamentales&catid=31%3Aderecho-constitucional&Itemid=420](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2606%3Alos-derechos-fundamentales&catid=31%3Aderecho-constitucional&Itemid=420). (acceso: 06/02/2012).

<sup>14</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11 numeral 6. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>15</sup> Galo Chiriboga Zambrano y Hernán Salgado Pesantes. *Los Derechos Fundamentales*. *Óp. cit.* p. 3.

<sup>16</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11 numeral 7. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

absolutos, pues el ejercicio de uno de estos derechos no puede menoscabar el goce o ejercicio de los derechos de otra persona.<sup>17</sup> Es decir que caben limitaciones que pueden ser establecidas por razones de orden público, la moral, los derechos de terceros o por las exigencias del bien común.<sup>18</sup> Así lo ratificó por primera vez la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual, en su artículo 4 dispone lo siguiente:

Art. 4.- La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.<sup>19</sup>

Podemos observar en el artículo 11 de la Constitución ecuatoriana que se plasman distintos principios de aplicación de los derechos; es importante destacar entre ellos el principio de igualdad formal y material de todas las personas, la directa e inmediata aplicación de estos derechos, su desarrollo progresivo en las distintas normas jurídicas y en la jurisprudencia y el principio de no restricción del contenido de los derechos.

Estos principios reflejan la indivisibilidad de los derechos fundamentales, destacando su complementariedad e interdependencia, por lo que al hablar de un intento para crear una limitación a uno de estos derechos, se debe analizar el conjunto de los mismos y las posibles afectaciones que, de vulnerarse uno, afectará necesariamente a los demás derechos relacionados; por lo expuesto podemos relacionar lo establecido en el

---

<sup>17</sup> Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 73.

<sup>18</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Artículo 29 numeral 2. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948. Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf>> (13/02/2012).

**Artículo 29 numeral 2.-** “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

<sup>19</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Artículo 4. Aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, 26 de agosto de 1789.

Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>> (05/06/2012).

**Artículo 4.-** “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley”.

artículo in comento en su numeral 9, donde se indica que “[e]l más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

### **1.1. Derecho a la Libertad**

La libertad es un concepto intrigante que ha llevado a juristas y filósofos en una ardua tarea para poder definirla, y luego de innumerables años de debate, se han concebido directrices generales respecto a lo que implica la noción de libertad. Así, encontramos las definiciones de libertad positiva y negativa.

La libertad negativa se entiende como “la libertad de realizar o no ciertas acciones sin ser impedido por los demás, por la sociedad como un todo orgánico o, más sencillamente, por el poder estatal”.<sup>20</sup> El individuo goza de una esfera de acción, más o menos amplia, la cual no se encuentra controlada por los órganos estatales, por lo que se entiende que una acción libre es una acción lícita, que puede realizar el individuo por no estar ordenada ni prohibida; y por tanto, esta esfera de licitud traza los límites al ejercicio del poder del Estado.<sup>21</sup>

Dentro de esta primera concepción de libertad, ingresan asimismo, las nociones expuestas por Montesquieu quien explica que la libertad consiste en realizar solo aquello que es permitido por la ley,<sup>22</sup> es decir, el actuar dentro de la esfera de lo permitido por el Derecho. Ahora bien, la llamada libertad positiva se entiende como la capacidad jurídica y material de ejercer los derechos garantizados en la Constitución<sup>23</sup>.

El derecho a la libertad es un derecho reconocido unánimemente; de esta manera podemos encontrar que este derecho se encuentra recogido en los instrumentos internacionales más importantes vigentes en la actualidad. Por ejemplo, la Declaración

---

<sup>20</sup> Norberto Bobbio. *Kant y las Dos Libertades, Teoría General de la Política*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 113-127.

<sup>21</sup> Carlos Bernal Pulido. “El Concepto de Libertad en la Teoría Política de Norberto Bobbio”. *Revista de Economía Institucional de la Universidad Externado de Colombia* (2006) pp. 55-75.

<sup>22</sup> Charles Montesquieu. *El Espíritu de las Leyes*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 52.

<sup>23</sup> John Stuart Mill. *Sobre la Libertad*. Madrid: Alianza, 1988, pp. 43-51.

Universal de los Derechos Humanos reconoce el derecho a la libertad en su noción más general en los artículos 1 y 3,<sup>24</sup> asimismo, lo reconoce el artículo 19 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,<sup>25</sup> el artículo 5 numeral 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;<sup>26</sup> el artículo 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea;<sup>27</sup> el artículo 7 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>28</sup> en el artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>29</sup> y en el artículo 66 de la Constitución ecuatoriana.<sup>30</sup>

Por lo expuesto, y habiendo manifestado una noción general del concepto de libertad; podemos entrar a conocer los derechos que se han creado y desarrollado a

---

<sup>24</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.  
Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf>> (13/02/2012).

**Artículo 1.-** “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

**Artículo 3.-** “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

<sup>25</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>> (10/02/2012).

**Artículo 9 numeral 1.-** “Todo individuo tiene derecho a la libertad [...]”.

<sup>26</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950). Adoptado por el Consejo de Europa, en Roma, el 4 de noviembre de 1950.

Disponible en: <[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D800CBD20E595/0/CONVENTION\\_ESP\\_WEB.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D800CBD20E595/0/CONVENTION_ESP_WEB.pdf)> (12/02/2012).

**Artículo 5 numeral 1.-** “Toda persona tiene derecho a la libertad [...]”.

<sup>27</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007). Adoptada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007.

Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403ES:PDF>> (12/02/2012).

**Artículo 6.-** “Toda persona tiene derecho a la libertad [...]”.

<sup>28</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0001>> (12/02/2012).

**Artículo 7 numeral 1.-** “Toda persona tiene derecho a la libertad [...]”.

<sup>29</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá el 2 de mayo de 1948.

Disponible en: <<http://www.cidh.org/basicos/Basicos1.htm>> (12/02/2012).

**Artículo 1.-** “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

<sup>30</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.



partir de esta máxima como lo son la libertad de expresión; la libertad de empresa, de trabajo y el principio de igualdad de trato.

### **1.1.1. La libertad de expresión**

Una de las vertientes del derecho a la libertad es la libertad de expresión. La expresión es la forma por la que se exteriorizan pensamientos a través de signos, palabras, etc. con el propósito de comunicar algo.<sup>31</sup> Su origen reside, según Jean Rivero,

---

**Artículo 66.-** “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte.
2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.
3. El derecho a la integridad personal, que incluye:
  - a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.
  - b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.
  - c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.
  - d) La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos.
4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.
5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.
6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.
7. El derecho de toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas, emitidas por medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario.
8. El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos.
- El Estado protegerá la práctica religiosa voluntaria, así como la expresión de quienes no profesan religión alguna, y favorecerá un ambiente de pluralidad y tolerancia.
9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.
10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.
11. El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes, la información personal o de terceros sobre sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político; ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual, salvo por necesidades de atención médica.
12. El derecho a la objeción de conciencia, que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la naturaleza.
- Toda persona tiene derecho a negarse a usar la violencia y a participar en el servicio militar.
13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.

en la posibilidad del ser humano de crear las respuestas que quiera dar a todas las cuestiones de su vida y adecuarlas a sus actos para crear una comunicación efectiva.<sup>32</sup>

---

14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente.

Las personas extranjeras no podrán ser devueltas o expulsadas a un país donde su vida, libertad, seguridad o integridad o la de sus familiares peligren por causa de su etnia, religión, nacionalidad, ideología, pertenencia a determinado grupo social, o por sus opiniones políticas.

Se prohíbe la expulsión de colectivos de extranjeros. Los procesos migratorios deberán ser singularizados.

15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

16. El derecho a la libertad de contratación.

17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley.

18. El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona.

19. El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.

20. El derecho a la intimidad personal y familiar.

21. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación.

22. El derecho a la inviolabilidad de domicilio. No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante, en los casos y forma que establezca la ley.

23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo.

24. El derecho a participar en la vida cultural de la comunidad.

25. El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.

26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.

27. El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza.

28. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.

29. Los derechos de libertad también incluyen:

a) El reconocimiento de que todas las personas nacen libres.

b) La prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas. El Estado adoptará medidas de prevención y erradicación de la trata de personas, y de protección y reinserción social de las víctimas de la trata y de otras formas de violación de la libertad.

c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.

d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”.

<sup>31</sup> Modesto Saavedra López. *La libertad de expresión en el Estado de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1987, p. 11.

<sup>32</sup> Jean Rivero. *Les libertés publiques*. París: Themis, 1977, p. 121.

En efecto, como lo sostuvo el Tribunal Constitucional de España: “[...] la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse las creencias y los juicios de valor”.<sup>33</sup> De la misma manera, el jurista estadounidense, Rodney Smolla indica lo siguiente: “[f]reedom of speech is a human yearning-insistent, persistent, and universal right. Speech may be uplifting, enlightening, and profound [...]”.<sup>34</sup>

Este derecho fundamental representa la prolongación de la garantía individual de pensar, y su reconocimiento es el epítome de la lucha contra el autoritarismo, el dogma y las inercias contra el cambio y la innovación.<sup>35</sup> El primer cuerpo legal que reconoció a la libertad de expresión como un derecho fundamental fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; la cual expresa: “Artículo 10.- Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley”.<sup>36</sup>

Habiéndose reconocido la libertad de expresión en el Derecho positivo, empezaron a surgir distintas posturas, algunas de ellas sostenían el ejercicio irrestricto de la libertad de expresión, esta es la posición adoptada por el tratadista John Stuart Mill en su obra “Sobre la Libertad” quien indicaba: “debería existir completa libertad de profesar y discutir, como materia de convicción ética, cualquier doctrina, aunque esté considerada inmoral [...]”.<sup>37</sup>

Asimismo, la postura de libertad irrestricta de Mill se concibe como el freno a la injerencia del poder en la esfera individual del sujeto, por lo que este autor expresa que:

---

<sup>33</sup> Tribunal Constitucional de España. Causa No. STC 6/1988, de 21 de enero de 1988.

<sup>34</sup> “[L]a libertad de expresión es un derecho humano anhelante, insistente, persistente y universal. El lenguaje puede ser estimulante, esclarecedor y profundo” (traducción libre). Rodney A. Smolla. *Free Speech in an Open Society*. Nueva York: Vintage Books, 1992, p. 3.

<sup>35</sup> Ira L. Strauber. “The Rhetorical Structure of Freedom of Speech”. *Polity* Vol. 19, No. 4 (1987): pp. 507-528.

<sup>36</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Artículo 10. Aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, 26 de agosto de 1789.  
Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>> (05/06/2012).

**Artículo 10.-** “Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto que su manifestación no altere el orden público establecido por la ley”.

<sup>37</sup> John Stuart Mill. *Sobre la Libertad*. *Óp. cit.*, p. 32.

“el uso ilimitado de la libertad de enunciar todas las opiniones posibles puede acabar con los males del sectarismo religioso o filosófico”.<sup>38</sup>

Otros autores se acoplan a esta postura, como lo son los franceses, León Duguit, Georges Burdeau y André Hauriou. Estos tres autores coinciden en la importancia de limitar la injerencia del poder público en el ámbito del irrestricto ejercicio de la libertad de expresión formándose así un requisito fundamental dentro de la evolución del hombre en la sociedad.<sup>39</sup>

De igual manera, existe la noción del choque de ideas como camino para el autodescubrimiento de la verdad; así, André Hauriou sostiene que “[...] la opinión general o dominante sobre cualquier asunto raramente o nunca es toda la verdad, no hay otra oportunidad de conocerla por completo más que por medio de la colisión de opiniones adversas”.<sup>40</sup> Además, al estar habilitados en poder discutir y expresar abiertamente las ideas personales, la esfera de libertad amplia podrá ser el mecanismo de una pacífica convivencia en sociedad.

Existe de igual forma, la necesidad de crear un foro libre de prejuicios para poder expresar las ideas individualmente, el foro más apropiado es la sociedad misma; pues como lo sostiene el tratadista Georges Burdeau: “si las opiniones no pueden ser discutidas vigorosa y lealmente, se las profesará como una especie de prejuicio, sin comprender o sentir sus fundamentos racionales”.<sup>41</sup>

La libertad irrestricta respecto de la expresión de ideas conlleva al imperativo que los seres humanos deben ser libres para formar opiniones y para expresarlas sin reserva, siendo funestas las consecuencias sobre la naturaleza intelectual y mental que el hombre sufre cuando tal libertad no es concedida o afirmada sin reparo de alguna prohibición.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> *Id.*, p. 65.

<sup>39</sup> Alicia Baez de Figuerola. *Protección Jurídica de los Derechos Personalísimos y Libertad de Expresión*. Buenos Aires: Editorial Jurídica Panamericana, 1997, pp. 34-39.

<sup>40</sup> André Hauriou. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Barcelona: Ariel, 1980, p. 61.

<sup>41</sup> Georges Burdeau. *Droit Constitutionnel*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995, p. 45.

<sup>42</sup> León Duguit. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Beltrán, 1966, p. 26.

Sin embargo, a través de los años, la posición de libertad irrestricta fue dejada de lado para dar lugar a una posición moderada respecto de la libertad de expresión; estableciendo que es necesario establecer límites a la libertad de expresión. Esta última posición moderada es la que actualmente se encuentra recogida en diversos instrumentos internacionales los cuales reconocen a la libertad de expresión como un derecho humano fundamental e irrestricto como concepto general; sin embargo, proponen excepciones a este libre ejercicio y tipifican los supuestos en que resultaría legítimo limitar la libertad de expresión.

Así, encontramos el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos;<sup>43</sup> asimismo, lo reconoce el artículo 19 numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;<sup>44</sup> el artículo 10 numeral 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;<sup>45</sup> el artículo 11 numeral 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,<sup>46</sup> el artículo 13

---

<sup>43</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf>> (13/02/2012).

**Artículo 19.-** “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

<sup>44</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>> (10/02/2012).

**Artículo 19 numeral 2.-** “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

<sup>45</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950). Adoptado por el Consejo de Europa, en Roma, el 4 de noviembre de 1950.

Disponible en: <[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D800CBD20E595/0/CONVENTION\\_ESP\\_WEB.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D800CBD20E595/0/CONVENTION_ESP_WEB.pdf)> (12/02/2012).

**Artículo 10 numeral 1.-** “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”.

<sup>46</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007). Adoptada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007.

Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403ES:PDF>> (12/02/2012).

numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;<sup>47</sup> el artículo 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;<sup>48</sup> el artículo 9 numeral 2 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>49</sup> y en el artículo 66 de la Constitución ecuatoriana;<sup>50</sup> todos estos artículos son los que recogen el precepto general del ejercicio irrestricto de la libertad de expresión.

De igual forma, cabe señalar el concepto de libertad de expresión recogido en la Declaración Interamericana de Principios sobre Libertad de Expresión, el cual dispone:

1. La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.<sup>51</sup>

---

**Artículo 11 numeral 1.-** “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”.

<sup>47</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0001>> (12/02/2012).

**Artículo 13 numeral 1.-** “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

<sup>48</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá el 2 de mayo de 1948.

Disponible en: <<http://www.cidh.org/basicos/Basicos1.htm>> (11/02/2012).

**Artículo 4.-** “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.

<sup>49</sup> Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). Aprobada durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana en Nairobi, Kenia el 27 de julio de 1981.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1297>> (12/02/2012).

**Artículo 9 numeral 2.-** “Todo individuo tendrá derecho a expresar y difundir sus opiniones, siempre que respete la ley”.

<sup>50</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 numeral 6. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

**Artículo 66 numeral 6.-** “Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones”.

<sup>51</sup> Declaración Interamericana de Principios sobre Libertad de Expresión (2000). Adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° período ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 octubre de 2000.

Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/22.DECLARACIÓN%20DE%20PRINCIPIOS.pdf>> (11/02/2012).



De igual manera, tornando el análisis al Derecho anglosajón, encontramos a la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense la cual expresa:

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.<sup>52</sup>

La Primera Enmienda protege y provoca el espíritu expresivo de los ciudadanos;<sup>53</sup> la Constitución estadounidense nos indica cómo el pensamiento y a la expresión de éste son aceptados en la sociedad americana como medios para el desarrollo cultural y del mercado.<sup>54</sup>

Asimismo, el jurista Americano Rodney Smolla en su obra *Free Speech in an Open Society* menciona respecto de una cultura abierta donde se acepta todo tipo de expresión:

A nation committed to an open culture will defend human expression and conscience in all its wonderful variety, protecting freedom of speech, freedom of the press, freedom of religion, freedom of association, freedom of assembly, and freedom of peaceful mass protest. These freedoms will be extended not only to political discourse, but to the infinite range of artistic, scientific, and philosophical inquiries that capture and cajole the human imagination.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de expresión o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios” (traducción libre). Constitución de los Estados Unidos, Carta de Derechos (1791). Primera Enmienda. Ratificada el 15 de diciembre de 1791.

Disponible en: <<http://www.usconstitution.net/const.html>> (acceso: 17/04/2012).

<sup>53</sup> Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso Central Hudson Gas & Electric Corp. c. Public Service Comm'n*. Sentencia No. 447 U.S. 557 de 20 de junio de 1980.

<sup>54</sup> Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso Abrams c. United States*. Sentencia N° 250 U.S. 616 de 10 de noviembre de 1919.

<sup>55</sup> “Una nación comprometida con una cultura abierta defenderá la consciencia y expresión humana en toda su maravillosa variedad, protegiendo la libertad de expresión, libertad de prensa, libertad de religión, libertad de asociación, libertad de reunión y libertad de protesta pacífica. Estas libertades se extenderá no sólo en el discurso político, sino a la infinita gama de aspectos artísticos, científicos y filosóficos que capturan y forman parte de la imaginación humana” (traducción libre). Rodney A. Smolla. *Free speech in an open society*. *Óp. cit.*, p. 4.

Sin embargo, la libertad de expresión no es absoluta; así, encontramos que en las disposiciones normativas estudiadas se desglosan los supuestos de limitación o prohibición de la libertad de expresión. De esta manera, encontramos el artículo 19 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;<sup>56</sup> el artículo 10 numeral 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>57</sup> y el artículo 13 numerales 2, 3, 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

Disponibile en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>> (10/02/2012).

**Artículo 19 numeral 3.-** “El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;  
b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

<sup>57</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950). Adoptado por el Consejo de Europa, en Roma, el 4 de noviembre de 1950.

Disponibile en: <[http://www.echr.coe.int/NR/ronlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D800CBD20E595/0/CONVENTION\\_ESP\\_WEB.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/ronlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D800CBD20E595/0/CONVENTION_ESP_WEB.pdf)> (12/02/2012).

**Artículo 10 numeral 2.-** “[...] El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

<sup>58</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

Disponibile en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0001>> (12/02/2012).

**Artículo 13.-** “2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o  
b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

Las limitaciones a la libertad de expresión pretenden crear un régimen de responsabilidades ulteriores respecto de la expresión de ideas y no recurrir a la censura previa o la restricción por medios indirectos como lo es el abuso de controles del poder público o por medios privados. En especial, estas limitaciones tienden a asegurar el respeto al derecho a la reputación de las personas; la protección de la seguridad nacional, el orden público y la moral de la sociedad.<sup>59</sup>

La legitimidad de las limitaciones a la libertad de expresión provienen del acuerdo logrado por la comunidad internacional; es por esto, que los Tratados Internacionales mencionados nos entregan un catálogo taxativo y similar acerca de las limitaciones consideradas legítimas; las cuales se incorporan en la legislación interna de los Estados y por ende las limitaciones siempre serán coherentes con la visión uniforme del Derecho Internacional.<sup>60</sup>

Así, encontramos la primera limitación reconocida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en donde se propugna el respeto a los derechos reconocidos en un ordenamiento jurídico o por el Derecho Internacional, incluyéndose especialmente, a través de su designación expresa, al respeto a la reputación de los demás; pues si la forma de expresión colisiona con la libertad de otra persona o con alguno de sus derechos fundamentales, este hecho podría considerarse como un abuso de su libertad de expresión y por tanto, ser contrario a derecho.<sup>61</sup> Sin embargo, no todos los derechos de terceros prevalecen en caso de un conflicto con el derecho a la libertad de expresión.

Respecto de este tema, el jurista español Tomás Pérez de Domingo explica que en caso de que los derechos de dos o más personas se encuentren en conflicto, los derechos que deben prevalecer son los que afecten de manera más directa a la personalidad de la

---

<sup>59</sup> Joaquín Brage Camazano. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson-Constitucional, 2004, pp. 61-70.

<sup>60</sup> Alejandro Sánchez Freytes. *Libertad de Expresión, límites jurídicos institucionales*. Buenos Aires: Advocatus, 2002, pp. 29-43.

<sup>61</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Otto-Preminger-Institut c. Austria*. Causa No. 13470/87 20. Sentencia de 20 de septiembre de 1994.

persona; de esta manera, el principio de personalidad es la solución de prevalencia del derecho que está más próximo al núcleo de la personalidad, sobre el que está más distante; permitiendo armonizar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión con otros derechos humanos, los cuales cederán ante los más próximos al núcleo de la personalidad.<sup>62</sup>

Según el tratadista Fernando Herrero Tejedor, el derecho al honor es el derecho a no ser ofendido ni humillado, es un derecho sin el cual no se concibe la dignidad humana.<sup>63</sup> En este sentido, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha indicado que el uso de palabras ofensivas como descalificación de una persona no es considerada como una forma de expresión protegida por la Constitución.<sup>64</sup> De igual forma, el Tribunal Constitucional de España considera fuera de la protección constitucional toda expresión cuya finalidad sea desestimar la dignidad de una persona.<sup>65</sup>

Por tanto, respecto a la protección al derecho al honor, las limitaciones a la libertad de expresión han sido mayormente aceptadas y aplicadas por las cortes; así encontramos los criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos la cual ha admitido la legitimidad de estas limitaciones en una amplia gama de casos, los cuales van más allá de la mera protección de la reputación o de la vida privada de las personas; sino que ha basado incluso la legitimación de estas limitaciones para la protección de intereses económicos y para proteger los derechos a vivir en una democracia efectiva.<sup>66</sup>

Es necesario aclarar, sin embargo, que existe jurisprudencia más restrictiva en razón a la interpretación que se da a la legitimidad de la limitación de la libertad de expresión en cuanto al derecho al honor; así, el Tribunal Constitucional de España en el caso número 173/1995 indicó:

---

<sup>62</sup> Tomás Pérez de Domingo. *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 46-50.

<sup>63</sup> Fernando Herrero Tejedor. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Madrid: Colex, 1994, p. 77.

<sup>64</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos. *Caso Chaplinsky c. New Hampshire*. Sentencia No. 315 U.S. 568 de 9 de marzo de 1942.

<sup>65</sup> Tribunal Constitucional de España. Sentencia No. 176/1995 de 11 de diciembre de 1995.

<sup>66</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Hertel c. Suiza*. Repertorio 1998-VI, p. 2334, apéndice 6325. Sentencia de 25 de agosto de 1998, párrafo 42. Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Ahmed y otros c. Gran Bretaña*. 2 de septiembre de 1998, párrafo 54.

“[El] concepto de intromisión ilegítima en el derecho al honor debe ser interpretado y aplicado de forma que respete el contenido esencial del derecho a difundir información, pues de esta manera nos acercamos a un punto de equilibrio, identificable con el principio de proporcionalidad.”<sup>67</sup>

Por lo expuesto, la preponderancia entre el derecho al honor y la libertad de expresión es una actividad casuística que deberán realizar los juzgadores según las circunstancias fácticas del caso puesto a su conocimiento.

Respecto de la legitimidad de restringir la libertad de expresión para salvaguardar la seguridad nacional es necesario señalar que ésta es un interés legítimo que los Estados deben tener en cuenta para mantener un adecuado equilibrio entre los derechos individuales y la seguridad de la colectividad.<sup>68</sup>

Por seguridad nacional podemos entender la necesidad de preservar la existencia de la integridad del Estado o de cualquiera de sus tres elementos constitutivos: población, territorio u orden legal.<sup>69</sup>

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el caso *Haig c. Agee*, indicó que el interés gubernamental más indispensable es el mantener la seguridad nacional; por lo que las expresiones que difunden información secreta y vital para la seguridad de la nación no estarían protegidas por la Primera Enmienda de la Constitución, pues a pesar de que ésta protege los derechos individuales de expresión, su esfera no resguarda expresiones que puedan dañar al Estado o a la sociedad.<sup>70</sup>

Respecto de esta limitación a la libertad de expresión, la jurisprudencia ha aclarado que siempre se debe llegar a una decisión jurídica que propugne un adecuado equilibrio

---

<sup>67</sup> Tribunal Constitucional de España. Sentencia No. 173/1995 de 21 de noviembre de 1995.

<sup>68</sup> Robert J. Barros. *Law and Dictatorship*. Port Chester, Nueva York: Cambridge University Press, 2002, pp. 246-250.

<sup>69</sup> Daniel Hugo Martins. “The Protection of Human Rights in Connection with the Suspension of Guarantees or ‘State of Siege’” *The Organization of American States and Human Rights* (1972): pp. 150-182.

<sup>70</sup> Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso Haig c. Agee*. Sentencia No. 453 U.S. 280 de 29 de junio de 1981.

entre la libertad de expresión y la protección de la seguridad nacional; así se ha pronunciado la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual señala:

La pertinencia de cualquier interferencia con la libertad de expresión debe examinarse en el contexto de la función esencial que le corresponde a la prensa en el adecuado funcionamiento de la democracia política; porque si bien la prensa no debe traspasar ciertos límites para la protección de intereses vitales del Estado, tales como la seguridad nacional o la integridad territorial, a la prensa le corresponde la función de impartir informaciones e ideas sobre asuntos de interés político, incluso si ellos tienden a dividir a la población.<sup>71</sup>

Otra de las limitaciones a la libertad de expresión es el orden público, que al igual que en el caso de la seguridad nacional, se deberá casuísticamente decidir si prevalece el interés particular (libertad de expresión) o el interés colectivo.

Según los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, orden público se puede definir de la siguiente manera:

"Orden público"

12. La expresión "orden público" tal como se utiliza en el Pacto se puede definir como el conjunto de normas que aseguran el funcionamiento de la sociedad o el conjunto de principios en que se basa dicha sociedad. El respecto de los derechos humanos es parte del orden público.

13. La expresión "orden público" se interpretará en el contexto de la finalidad del derecho humano particular que se limite por este motivo.<sup>72</sup>

Adicionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante Opinión Consultiva OC-5/85 estableció acepciones referentes a la palabra orden público; indicó que una posible acepción, dentro del marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, indicaría las distintas condiciones que aseguren el adecuado funcionamiento de las instituciones del Estado, tomando como base un sistema coherente de principios jurídicos y valores sociales. Este concepto de orden

---

<sup>71</sup> Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Sürek y Özdemir c. Turquía*. Sentencia de 8 de julio de 1999.

<sup>72</sup> Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1984). Adoptados en Siracusa, Italia el 24 de agosto de 1984 por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el 41º Período de sesiones. Disponible en: <<http://www.derechos.org/nizkor/excep/siracusa84.html>> (10/02/2012).



público, dentro de una sociedad democrática garantiza la posibilidad de la libre circulación y expresión de información.<sup>73</sup>

Cabe recalcar lo expresado por el tratadista Owen Fiss quien nos explica que al ser la libertad de expresión un derecho fundamental, solo se puede ceder su posición prioritaria al encontrarse ante consideraciones de orden público de relevancia; es decir, cuando exista una clara amenaza de violencia y cuando el peligro sea apremiante, y al limitar a este derecho se deberá siempre tomar medidas proporcionadas.<sup>74</sup>

Otra limitación a la libertad de expresión es la referida al derecho a la salud. Los Estados se encuentran facultados a limitar de manera legítima la expresión cuando este discurso pueda colisionar con las políticas públicas de salud. El derecho a la salud es el hecho que el Estado deba velar porque sus ciudadanos puedan desenvolverse en un ambiente sano y llevar una vida sana.

Para que el Estado haga frente a una amenaza de salud pública, puede restringir el contenido de los mensajes publicitarios, el lugar, la hora y el modo de su expresión; por ejemplo, la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos, a la luz del derecho de la salud de los consumidores, prohibió la publicidad de un fármaco que no estaba debidamente registrado por las autoridades sanitarias competentes.<sup>75</sup>

Todos los Estados deben garantizar el acceso universal y sin discriminación al derecho a la salud y deberán promover políticas públicas y estrategias destinados a enfrentar las principales preocupaciones en materia de salud de la sociedad; por lo que, está a cargo del Estado el probar la legitimidad de la restricción a la libertad de expresión en concordancia con su actuación en miras de la protección de la salud de la colectividad a quien sirve.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Causa la colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva No. OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985.

<sup>74</sup> Owen M. Fiss. *The Irony of Free Speech*. Londres: Harvard University Press, 1996, p. 7.

<sup>75</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos. *Caso Liljenberg c. Suecia*. Sentencia No. 9664/82 de 1982.

<sup>76</sup> Abraham Horwitz. "Lo positivo y lo negativo del cuidado de la salud en América Latina". *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana* (1999): pp. 475-496.

La última limitación a la libertad de expresión a analizar es la moral. La noción de moral pública corresponde a los patrones de conducta que son comúnmente aceptados dentro de una sociedad.<sup>77</sup> Si bien es cierto, toda sociedad posee el derecho de proteger sus valores morales aceptados; esta limitación debe estar sometida a límites razonables los cuales permitan preservar esos valores pero sin menoscabar la libertad de expresión; por tanto la moral debe valorarse en una medida justa, sin utilizarla como medio impositivo de perjuicios.<sup>78</sup>

Asimismo, se debe tomar en consideración la relatividad de la noción de moral pública; la sociedad mundial es heterogénea; así también lo serán sus conceptos de lo moralmente aceptado a través de los años. Debido a lo expuesto, las limitaciones a la libertad de expresión son mayor o menormente aceptadas según la sociedad donde se propugnan y las Cortes deberán realizar un análisis casuístico según la sociedad donde se encuentren y el tiempo donde se esté analizando la viabilidad de la restricción.<sup>79</sup>

Por lo que, la moral pública puede prevalecer sobre la libertad de expresión cuando se necesite remover expresiones ofensivas o que puedan lesionar los derechos de terceros; pero siempre el juzgado deberá crear un balance coherente y cautelar al ponderar ambos derechos en una situación determinada.<sup>80</sup>

Es necesario indicar de igual manera, en el caso *Metromedia, Inc. c. San Diego*, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, anunció las limitaciones al discurso comercial aceptadas por la Primera enmienda e indicó lo siguiente:

We then adopted a four-part test for determining the validity of government restrictions on commercial speech as distinguished from more fully protected speech. (1) The First Amendment protects commercial speech only if that speech concerns lawful activity and is not misleading. A restriction on otherwise protected commercial speech is valid only if it (2) seeks to implement a substantial governmental interest,

---

<sup>77</sup> Pedro Aberastury et al. *Poder Político y Libertad de Expresión*. Buenos Aires: Abeldeo-Perrot, 2001, p. 73.

<sup>78</sup> Owen M. Fiss. *The Irony of Free Speech*. *Óp. cit.*, p. 19.

<sup>79</sup> Modesto Saavedra López. *La libertad de expresión en el Estado de Derecho*. *Óp. cit.*, pp. 119-121.

<sup>80</sup> Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso Stanley c. Georgia*. Sentencia No. 394 U.S. 557 de 7 de abril de 1969.

(3) directly advances that interest, and (4) reaches no further than necessary to accomplish the given objective.<sup>81</sup>

Por lo expuesto, las limitaciones a la libertad de expresión nos hacen pensar cuándo una expresión en particular es apropiada, sin embargo, ¿quién decide qué es apropiado?; en una cultura abierta, esa decisión debería encontrarse en las personas que exteriorizan sus ideas y no en lo considerado pertinente por el Estado.<sup>82</sup> Sin embargo, debe existir un balance imparcial por lo que la solución a esta incógnita reside en la debida ponderación realizada por los tribunales entre los intereses públicos y privados.<sup>83</sup> Por lo que el deber de las cortes será el determinar cuál de los dos intereses demanda mayor protección dentro de un caso concreto.<sup>84</sup>

Los Estados siempre han sucumbido al impulso de ejercer control sobre la libertad de expresión; la censura es un instinto social.<sup>85</sup> Sin embargo, el jurista estadounidense Steven Shiffrin explica lo siguiente:

The government may generally restrict the time, place, or manner of speech, if the restrictions are unrelated to what the speech says and leave people with enough alternative ways of expressing their views.<sup>86</sup>

Por lo que, una sociedad que desee tomar en serio la apertura como un valor, debe crear normas que se encuentren deliberadamente a favor de la apertura de la

---

<sup>81</sup> “Adoptamos una prueba de cuatro partes para determinar la validez de las restricciones gubernamentales hacia el discurso comercial distinguiéndolo de los discursos completamente protegidos. (1) La Primera Enmienda protege el discurso comercial solo si ese discurso se refiere a una actividad legal y no es engañoso. Una restricción en un discurso comercial protegido sólo es válida si (2) busca implementar un interés gubernamental sustancial, (3) directamente avanza hacia ese interés, y (4) no abarca más allá de lo necesario para lograr el objetivo dado” (traducción libre). Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso Metromedia, Inc. c. San Diego*. Sentencia No. 453 U.S. 490 de 2 de julio de 1981.

<sup>82</sup> Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso West Virginia State Board of Education c. Barnette*. Sentencia No. 319 U.S. 62 de 14 de junio de 1943.

<sup>83</sup> Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso Barenblatt c. United States*. Sentencia No. 360 U.S. 109. 126 de 8 de junio de 1959.

<sup>84</sup> Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso Dennis c. United States*. Sentencia No. 341 U.S. 494 de 4 de junio de 1951.

<sup>85</sup> Rodney A. Smolla. *Free speech in an open society*. Óp. cit., p. 4.

<sup>86</sup> “El gobierno puede generalmente restringir el tiempo, lugar o forma del discurso, si las restricciones no están relacionadas a lo que dice el discurso y dejan a las personas con suficientes formas alternativas de expresar sus puntos de vista” (traducción libre). Steven Shiffrin. *The First Amendment and Economic Regulation: Away from a general theory of the First Amendment*. 78 Nw. U.L. REV. 1212, 1283, 1983, p. 32.

expresión social para lograr contrarrestar la proclividad inherente de los Estados de ejercer control y censura.<sup>87</sup>

Para concluir, juristas como Richard Clayton y Hugh Tomlinson explican que la libertad de expresión ha sido considerada como un elemento instrumental para la preservación de una sociedad democrática, indicando su importancia para el desarrollo personal e incluso como un recurso expedito para lograr ejercer otros derechos.<sup>88</sup>

### 1.1.2. La libertad de información

“La libertad de información es un derecho humano fundamental y la piedra de toque de todas las libertades a las cuales están consagradas las Naciones Unidas”.<sup>89</sup> Según Manuel Sánchez de Diego Fernández de La Riva la libertad de una persona se refleja directamente en su derecho a ser informado y a recibir información; por lo que es imperativo que exista un flujo libre de información dentro de la sociedad.<sup>90</sup>

Las personas tienen el derecho a la libertad de expresión y de opinión, estas dos libertades han ido fortaleciendo el derecho del pueblo a estar informado.<sup>91</sup> Este derecho consiste en difundir sin previa restricción la información, y se plasma en distribuirla sin interferencia por parte del Gobierno o cualquier otra función del Estado o del sector privado.<sup>92</sup>

El derecho a la información se encuentra reconocido en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,<sup>93</sup> asimismo, lo reconoce el numeral

---

<sup>87</sup> Rodney A. Smolla. *Free speech in an open society*. Óp. cit., pp. 2- 3.

<sup>88</sup> Richard Clayton y Hugh Tomlinson. *The Law of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 61-68.

<sup>89</sup> Resolución 59(1). Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas durante su primera sesión de 14 de diciembre 1946.

<sup>90</sup> Manuel Sánchez de Diego Fernández de La Riva. “Periodismo y Sociedad de la Información”. *Algunas reflexiones sobre una realidad próxima*. Fernando Ripoll Molines et al (coords.). Madrid: Facultad de Ciencias de la Información, 2001, pp. 595-610.

<sup>91</sup> Ernesto Villanueva. *Derecho a la información*. México D.F.: Miguel Ángel Porrúa , 2006, pp. 76-79.

<sup>92</sup> Juan José Ríos Estavillo. *Derecho a la Información en México*. México D.F.: Porrúa , 2005, p. 85.

<sup>93</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

segundo del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;<sup>94</sup> el artículo 10 numeral 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;<sup>95</sup> el numeral 1 del artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea;<sup>96</sup> el artículo 13 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>97</sup> y en el artículo 9 numeral 1 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.<sup>98</sup>

---

Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf>> (13/02/2012).

**Artículo 19.-** “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

<sup>94</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>> (10/02/2012).

**Artículo 19 numeral 2.-** “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

<sup>95</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950). Adoptado por el Consejo de Europa, en Roma, el 4 de noviembre de 1950.

Disponible en: <[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D800CBD20E595/0/CONVENTION\\_ESP\\_WEB.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D800CBD20E595/0/CONVENTION_ESP_WEB.pdf)> (12/02/2012).

**Artículo 10 numeral 1.-** “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”.

<sup>96</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007). Adoptada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007.

Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403ES:PDF>> (12/02/2012).

**Artículo 11 numeral 1.-** “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”.

<sup>97</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0001>> (12/02/2012).

**Artículo 13 numeral 1.-** “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

<sup>98</sup> Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). Aprobada durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana en Nairobi, Kenia el 27 de julio de 1981.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1297>> (12/02/2012).

**Artículo 9 numeral 1.-** “Todo individuo tendrá derecho a recibir información”.

Dentro de la constitución ecuatoriana podemos encontrar referencias al derecho a la información, primero encontramos el artículo 16 numeral 1 el que establece que “todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos”.<sup>99</sup>

De igual manera, encontramos el artículo 18 del mismo cuerpo normativo que dispone lo siguiente:

Art. 18.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.
2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.

De igual manera, la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor en su artículo 4 establece que el consumidor tiene el derecho de recibir información completa respecto del producto que se le oferte:

Art. 4.- Derechos del Consumidor.- [...]

2. Derecho a que proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad; [...]
4. Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren presentar; [...]
6. Derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales;
7. Derecho a la educación del consumidor, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada de sus derechos; [...]<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

**Artículo 66 numeral 6.-** “Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones”.

<sup>100</sup> Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 4. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

Por otro lado, el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión en su Informe Anual 2000, presentó las normas que podrían ser utilizadas para crear legislación específica respecto a la libertad de información, a las que el Relator refirió como Normas de la ONU.<sup>101</sup> Entre las mencionadas normas encontramos a la Recomendación COE,<sup>102</sup> incluye asimismo a la Declaración Conjunta,<sup>103</sup> la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión en África,<sup>104</sup> la Declaración Interamericana de Principios sobre la Libertad de Expresión,<sup>105</sup> y con especial atención, el Relator incluye la sentencia del caso *Claude Reyes y otros c. Chile* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde se afirma la existencia del derecho a la información.<sup>106</sup>

Gracias a la iniciativa del Relator Especial de las Naciones Unidas que ayudó a vigorizar el derecho a la información como medio para fortalecer la democracia, se empezó a establecer las condiciones necesarias y permanentes que garanticen que el pueblo esté bien informado y con conocimiento suficiente para alcanzar su autodeterminación.<sup>107</sup> Por ejemplo, se creó la organización independiente de Derechos Humanos denominada ARTICLE 19,<sup>108</sup> la que toma su nombre por el artículo 19 de la

<sup>101</sup> Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas No. 142. *Promoción y protección del derecho a libertad de opinión y expresión*. ONU Doc. E/CN.4/2000/63 de 18 de enero 2000, párrafo 44.

<sup>102</sup> Recomendación R(2002)2 adoptada por el Comité de Ministros de Estados Miembros del Consejo de Europa sobre el acceso a documentos oficiales de 21 febrero 2002.

<sup>103</sup> Declaración Conjunta adoptada por el Relator Especial de la ONU para Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) sobre la Libertad de los Medios de Comunicación Social y el Relator Especial de la OEA sobre la Libertad de Expresión en 2004 (2004), el 6 diciembre 2004.

Disponible en: <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/9A56F80984C8BD5EC1256F6B005C47F0?opendocument> (11/02/2012).

<sup>104</sup> Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión en África (2002). Adoptada en la 32ª Sesión Ordinaria de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Banjul, La Gambia el 23 de octubre de 2002.

Disponible en: [http://www.achpr.org/english/declarations/Declaración\\_freedom\\_exp\\_en.html](http://www.achpr.org/english/declarations/Declaración_freedom_exp_en.html) (11/02/2012).

<sup>105</sup> Declaración Interamericana de Principios sobre Libertad de Expresión (2000). Adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108º período ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 octubre de 2000.

Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/22.DECLARACIÓN%20DE%20PRINCIPIOS.pdf> (11/02/2012).

<sup>106</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Claude Reyes y otros c. Chile*. Serie C No. 151. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

<sup>107</sup> Juan Beneyto. “El derecho a ser informado”. *Revista Persona y Derecho* No. V (1978): pp. 16-38.

<sup>108</sup> Article 19. Organización creada en Gran Bretaña por J. Roderick MacArthur en 1987.

Declaración Universal de los Derechos Humanos; esta organización trabaja en coordinación con las Naciones Unidas para proteger y promover el derecho a la libertad de expresión y de información.

Asimismo, el derecho a la información se encuentra reconocido en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos donde la define de tal manera que el Gobierno no puede y los medios de comunicación no deben, por ningún método, estorbar el conocimiento de cualquier información esencial para el bienestar y la ilustración del pueblo.<sup>109</sup> Considerándose que, para que la sociedad logre su propia autorrealización y progreso, la información debe estar accesible a ésta, pues ni el gobierno ni los medios privados pueden omitir o callar el conocimiento del pueblo.<sup>110</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, existe un aspecto del derecho a la información que suele olvidarse, el empleo de este derecho para facilitar las prácticas comerciales eficaces; pues el derecho a la información ayuda a promover un flujo ágil de información entre el gobierno y el sector empresarial, lo que maximiza el potencial para sinergias.<sup>111</sup>

Es importante destacar además que, el derecho a la información, al derivarse de la libertad de expresión, puede ser restringido por las mismas razones: el orden público, la moral, los derechos de terceros o por las exigencias del bien común.<sup>112</sup> La restricción

---

<<http://www.article19.org/pages/es/resource-language.html>> (acceso: 10/06/2012).

<sup>109</sup> Kent Cooper. *The Right to Know. An Exposition of the Evils of News Suppression and Propaganda*. Nueva York: Farrar Straus & Giroux, 1956, pp. 217-221.

<sup>110</sup> Harold L. Cross. *The people's right to know*. Nueva York: Columbia University Press, 1953, p. 46, 71-72.

<sup>111</sup> Marcela Basterra. *El derecho fundamental de acceso a la información pública*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, pp. 37-45.

<sup>112</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0001>> (12/02/2012).

**Artículo 13.-** “2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o  
b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y



a este derecho debe ser necesaria para asegurar la protección de su finalidad.<sup>113</sup> En el caso *Lingens c. Austria*, la Corte Europea de Derechos Humanos determinó que la palabra “necesaria” significa que debe haber una “necesidad social apremiante” para que habilite a la restricción; que las razones del Estado para justificar la restricción deben ser “pertinentes y suficientes” y la restricción debe ser “proporcional a la finalidad que se quiera lograr.”<sup>114</sup>

Por lo expuesto, las restricciones al derecho a la información nunca deben ir más allá de lo necesario, sino que deben diseñarse con cuidado para afectar el derecho en el mínimo grado posible.<sup>115</sup>

En conclusión, solo mediante la libre expresión y circulación de ideas, su búsqueda y difusión, y la libertad de indagar, cuestionar lo establecido, de publicar y transmitir todo tipo de información se hace posible construir y mantener a una sociedad libre y autodeterminada.<sup>116</sup>

### **1.1.3. La libertad de trabajo**

El derecho al trabajo es fundamental dentro del catálogo de derechos que poseen los seres humanos. La palabra trabajo, dentro de la esfera jurídica puede aludir a una obra o producto; es decir, a un bien elaborado resultado de la actividad humana; o a una

---

aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

<sup>113</sup> Marcela Basterra. *El derecho fundamental de acceso a la información pública*. Óp. cit., p. 79.

<sup>114</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Lingens c. Austria*. Sentencia No. 9815/82, 8 EHRR 407 de 08 de julio de 1986, párrafos 39-40.

<sup>115</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Claude Reyes y otros c. Chile*. Serie C No. 151. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

<sup>116</sup> Emmanuel Derieux. *Cuestiones ético-jurídicas de la información*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1999, pp. 136-152.

actividad, con lo que se refiere a la prestación de servicios, la que se configura como una actividad humana socialmente útil.<sup>117</sup>

La configuración jurídica del trabajo expone que éste se debe consistir de una actividad humana (material o intelectual) donde concurra un esfuerzo productivo, siendo una prestación libre y nunca obligatoria realizada con profesionalismo y que produzca una utilidad social.<sup>118</sup>

Respecto de la actividad humana esta está definida por el economista Hegel como una acción consciente y deliberada que posee un fin; pero una mera acción humana por sí misma no constituye trabajo; sino que esta deberá ser productiva, en el sentido que se encamine a la satisfacción de alguna necesidad. Adicionalmente, al tratarse del carácter voluntario del trabajo se debe considerar en dos esferas: la primera indica la voluntariedad del trabajador como un requisito moral o político reconocido normativamente; el segundo aspecto se refiere a la libertad profesional; es decir, el derecho de cada persona en escoger si trabaja o no, y posteriormente, el reconocimiento del derecho de escoger un trabajo entre las diversas actividades socialmente útiles.<sup>119</sup>

La libertad profesional fue reconocida en primer lugar en las Constituciones liberales del siglo XVIII; esta incorporación se realizó debido a que dentro del trabajo queda implicada la personalidad del hombre; por lo que restringir la libertad profesional resultaría en limitar el desarrollo de la personalidad del ser humano, lo que coartaría su esfera de libertad individual.<sup>120</sup> Esto desemboca en la creación del principio de la vocación personal, el cual manifiesta:

El hombre, como tal, tiene una vocación profunda que afecta a la raíz de su ser, pero esta vocación se manifiesta en muy distintos gustos o preferencias y, entre ellas, en la profesión a la que el hombre se siente llamado [...]. En cualquiera de estos menesteres el hombre realiza trabajos productivos y en todos

---

<sup>117</sup> Eduardo Alemany Zaragoza. *Curso del Derecho del Trabajo*. Barcelona: Ediciones Gráficas Rey, 1996, pp. 27-32.

<sup>118</sup> Luis Enrique de la Villa Gil. *Instituciones de Derecho del Trabajo. Ordenamiento y defensa de los derechos laborales*. Madrid: Ceura, 1991, pp. 61-70.

<sup>119</sup> Anartia Sen. "Work and Rights". *International Labour Review* 139.2 (2000): pp. 112-128.

<sup>120</sup> Luis Enrique de la Villa Gil. *Instituciones de Derecho del Trabajo. Ordenamiento y defensa de los derechos laborales*. *Óp. cit.*, pp. 80, 102-103.

sirve, en último término, la vocación fundamental y fundante de su personalidad.<sup>121</sup>

Con estos antecedentes, podemos concluir que para el Derecho Laboral el trabajo es la actividad útil que presta el trabajador de manera voluntaria y del cual éste obtiene una compensación económica.<sup>122</sup> Dentro del derecho al trabajo encontramos derechos derivados que se encuentran unánimemente reconocidos en los distintos ordenamientos jurídicos y tratados internacionales.

Así, encontramos el derecho a la ocupación profesional y a la libre elección de profesión, reconocidos en el artículo 23 numeral 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos;<sup>123</sup> asimismo, reconocido en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;<sup>124</sup> en el artículo 8 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos;<sup>125</sup> en el artículo 31 numeral 1 de la Carta

---

<sup>121</sup> Efrén Borrajo Dacruz. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 2000, p. 32.

<sup>122</sup> Luis Enrique de la Villa Gil. *Instituciones de Derecho del Trabajo. Ordenamiento y defensa de los derechos laborales*. *Óp. cit.*, p. 73.

<sup>123</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf>> (13/02/2012).

**Artículo 23 numeral 1.-** “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.

<sup>124</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>> (10/02/2012).

**Artículo 6.-** “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”.

<sup>125</sup> Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). Aprobada durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana en Nairobi, Kenia el 27 de julio de 1981.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1297>> (12/02/2012).

**Artículo 8.-** “La libertad de conciencia y profesión, y la libre práctica de la religión estarán garantizadas. Nadie que respete la ley y el orden puede ser sometido a medidas que restrinjan el ejercicio de esas libertades”.

de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>126</sup> y en el artículo 33 de la Constitución ecuatoriana.<sup>127</sup> De igual manera, hallamos el reconocimiento al derecho a una retribución suficiente, reconocido en el artículo 23 numerales 2 y 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos;<sup>128</sup> en el artículo 7 literal a) inciso i) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;<sup>129</sup> en el artículo 14 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>130</sup> y en el artículo 33 de la Constitución ecuatoriana.<sup>131</sup>

---

<sup>126</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007). Adoptada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007.

Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403ES:PDF>>.

**Artículo 31 numeral 1.-** “Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad”.

<sup>127</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

**Artículo 33.-** “El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía [...]”. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado”.

<sup>128</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf>> (13/02/2012).

**Artículo 23.-** “2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”.

<sup>129</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>> (10/02/2012).

**Artículo 7, a), i).-** “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual”.

<sup>130</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá el 2 de mayo de 1948.

Disponible en: <<http://www.cidh.org/basicos/Basicos1.htm>> (11/02/2012).

**Artículo 14.-** “Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia”.

<sup>131</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

**Artículo 33.-** “[...] El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado”.

Asimismo, podemos encontrar al derecho a la seguridad social, reconocido en el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos;<sup>132</sup> en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;<sup>133</sup> en el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;<sup>134</sup> en el artículo 34 numeral 1 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>135</sup> y en el artículo 34 de la Constitución ecuatoriana.<sup>136</sup>

Estos derechos conforman la esfera de protección del Derecho al Trabajo y remarcan la libertad para escoger el trabajo a realizar por cada persona como una garantía del libre desarrollo de la personalidad de cada ser humano.<sup>137</sup>

---

<sup>132</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

Disponible en: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf>> (13/02/2012).

**Artículo 22.-** “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

<sup>133</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>> (10/02/2012).

**Artículo 9.-** “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

<sup>134</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá el 2 de mayo de 1948.

Disponible en: <<http://www.cidh.org/basicos/Basicos1.htm>> (11/02/2012).

**Artículo 16.-** “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

<sup>135</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007). Adoptada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007.

Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403ES:PDF>> (12/02/2012).

**Artículo 34 numeral 1.-** “La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales”.

<sup>136</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

**Artículo 34.-** “El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.

El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo”.

<sup>137</sup> Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Bahamonde. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 2009, pp. 618-623.

#### 1.1.4. La libertad de empresa

El derecho a la libre empresa no se encuentra reconocido como un derecho humano en la mayoría de instrumentos internacionales;<sup>138</sup> sin embargo, es un derecho que debe ser respetado y ejercido libremente. La libre empresa se encuentra reconocida en el artículo 66 numeral 15 de la Constitución de la República del Ecuador;<sup>139</sup> al referirse al derecho a desarrollar una actividad económica.

Cabe indicar que, en el derecho comunitario europeo la libertad de empresa es reconocida como un derecho dentro del artículo 18 de la Carta Social Europea<sup>140</sup> y en el artículo 16 de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.<sup>141</sup>

Según el economista Israel Kirzner en su libro “*Competencia y Empresarialidad*”: “[el] empresario es un creador de riqueza, motivado a partir del

---

<sup>138</sup> José Luis Tapia Rocha. “La Libre Empresa como Derecho Humano”. *ILE Instituto de Libre Empresa*. <http://es.scribd.com/doc/99504245/La-Libre-Empresa-Como-Derecho-Humano-Jose-Luis-Tapia> (acceso: 22/05/2012).

<sup>139</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

**Artículo 66 numeral 15.-** “Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”.

<sup>140</sup> Carta Social Europea (1961). Aprobada por el Consejo de Europa en Turín, el 18 de octubre de 1961. Disponible en: <<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CSE/1961-CSE.htm#a18>> (12/02/2012).

**Artículo 18.-** “Derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras partes contratantes.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de cualquiera de las otras partes contratantes, las partes contratantes se comprometen:

1. A aplicar la normativa existente con espíritu liberal.
2. A simplificar las formalidades vigentes y a reducir o suprimir los derechos de cancelación y otras tasas que deban ser pagadas por los trabajadores extranjeros o por sus empleadores.
3. A liberalizar, individual o colectivamente, las normas que regulan el empleo de trabajadores extranjeros.

Y reconocen:

4. El derecho de sus ciudadanos a salir del país para ejercer una actividad lucrativa en el territorio de las demás partes contratantes”.

<sup>141</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007). Adoptada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007.

Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403ES:PDF>>.

**Artículo 16.-** “Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”.

descubrimiento de oportunidades de ganancias que aún no han sido aprovechadas por otros”.<sup>142</sup> De ahí derivamos a analizar a la libre empresa, la cual se establece en la base de una economía de mercado libre de interferencias estatales, pues fundamenta su existencia en la decisión de los consumidores; pues son ellos quienes en un mercado abierto poseen el poder de decidir qué productos y servicios desean adquirir; por lo que los empresarios deben satisfacer la demanda de los consumidores para continuar siendo competitivos en el mercado.<sup>143</sup>

Sin embargo, cuando el Estado interfiere en la economía perjudica tanto a las empresas, coartando su libertad como también a los consumidores; pues las innumerables barreras institucionales que introduce evitan la entrada de nuevas ideas y proyectos empresariales, así como también imposibilita la expulsión del mercado de empresas que ya no cumplen su objetivo y son ineficientes.<sup>144</sup>

La libertad de empresa se plasma, en concreto, a la plenitud de la actuación del empresario, en el sentido de la aplicación de sus conocimientos de manera ejemplar, otorgando a su empresa un plan de acción único, que sigue la voluntad innovadora y las demandas del mercado dentro de una esfera de libre competencia.<sup>145</sup> Además, se busca que el Estado de Derecho garantice la libertad individual y el desarrollo de la libre empresa como condición para participar en la vida económica del país.<sup>146</sup>

Es de notar lo expuesto por el economista liberal Friedrich Hayek quien nos explica que dentro del ámbito de la libertad existe algo en común, esto es el derecho de actuar; posteriormente Hayek concluye que la idea de “crear” una empresa es una consecuencia natural del ejercicio de libertad del ser humano y plasma la

---

<sup>142</sup> Israel M. Kirzner. *Competencia y Empresarialidad*. Madrid: Unión Editorial, 1998, p. 65.

<sup>143</sup> Pablo Maestre Sánchez y Victoria Wilches. *Los instrumentos del nuevo orden mundial: el derecho, la economía, la ciencia, el lenguaje y la religión en la sociedad del siglo XXI*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2011, p. 210.

<sup>144</sup> María Jesús Barge-Gil y Luís Nieto Santamaría. “¿Hay innovación más allá de la I+D? El papel de otras actividades innovadoras”. *Universia Business Review* (2009): pp. 102-117.

<sup>145</sup> Friedrich A Hayek. *Monetary Theory and the Trade Cycle*. Nueva York: Augustus M. Kelley Publishers, 1966, pp. 107-108.

<sup>146</sup> Alan C. Stockman et al. *La Libre empresa, imperativo moral*. Madrid: Unión Editorial, 1977, pp. 162-166.

autoafirmación del hombre de ser empresario dentro del campo que su espíritu innovador lo traslade.<sup>147</sup>

Cabe recalcar que a pesar de que el derecho a la libre empresa no consta de manera expresa en los instrumentos internacionales ni en la Constitución ecuatoriana, se debe tener en consideración el principio de aplicación progresiva de los derechos; reconocido en la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 11 numeral 8 el cual establece:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...]  
8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Por lo expuesto, es necesario destacar la importancia de este derecho, el cual se encuentra evolucionando diariamente gracias a la actividad comercial y a los actores mercantiles; por lo que, el reconocer el derecho a la libre empresa y el garantizar su ejercicio, abre el camino para que sea reconocido como un derecho fundamental tanto por la Constitución como por la ley, cumpliendo así el objeto de la ley la cual es atender los criterios de necesidad de la sociedad.<sup>148</sup>

#### **1.1.5. El principio de igualdad**

La igualdad es un valor superior de todo ordenamiento jurídico que “se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad [...] deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma suprema, proclama”.<sup>149</sup>

El principio de igualdad se encuentra reconocido unánimemente, siendo éste un principio transversal a todo ordenamiento jurídico y al derecho internacional; así, lo podemos encontrar recogido en los instrumentos internacionales más reconocidos en la

---

<sup>147</sup> Friedrich A Hayek. *Monetary Theory and the Trade Cycle*. Óp. cit., p. 48.

<sup>148</sup> Gregorio Peces-Barba et al. *Historia de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 1998, p. 109.

<sup>149</sup> Tribunal Constitucional de España. Sentencia No. 249/1983 de 03 de agosto de 1983.



actualidad. Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce al principio de igualdad en su noción más general en los artículos 1, 2 y 7;<sup>150</sup> asimismo, lo reconoce el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;<sup>151</sup> el artículo 2 numeral segundo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;<sup>152</sup> el artículo 14 y el Protocolo No. 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;<sup>153</sup> el Título III, en especial

---

<sup>150</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf>> (13/02/2012).

**Artículo 1.-** “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

**Artículo 2.-** “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

**Artículo 7.-** “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

<sup>151</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>> (10/02/2012).

**Artículo 26.-** “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

<sup>152</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>> (10/02/2012).

**Artículo 2 numeral 2.-** “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

<sup>153</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950). Adoptado por el Consejo de Europa, en Roma, el 4 de noviembre de 1950.

Disponible en: <[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D800CBD20E595/0/CONVENTION\\_ESP\\_WEB.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D800CBD20E595/0/CONVENTION_ESP_WEB.pdf)> (12/02/2012).

**Artículo 14.-** “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

**Protocolo No. 12, artículo 1 numerales 1 y 2.-** “1. El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

los artículo 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea;<sup>154</sup> el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;<sup>155</sup> en el artículo 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;<sup>156</sup> los artículos 2 y 3 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>157</sup> y en los artículos 11 numeral segundo y 66 numeral 4 de la Constitución ecuatoriana.<sup>158</sup>

---

2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, especialmente por los motivos mencionados en el párrafo 1”.

<sup>154</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007). Adoptada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007.

Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403ES:PDF>> (12/02/2012).

**Título III, Artículo 20.-** “Todas las personas son iguales ante la ley”.

**Artículo 21 numerales 1 y 2.-** “1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares”.

<sup>155</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0001>> (12/02/2012).

**Artículo 24.-** “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

<sup>156</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá el 2 de mayo de 1948.

Disponibilidad en: < <http://www.cidh.org/basicos/Basicos1.htm> > (11/02/2012).

**Artículo 2.-** “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

<sup>157</sup> Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). Aprobada durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana en Nairobi, Kenia el 27 de julio de 1981.

Disponibilidad en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1297>> (12/02/2012).

**Artículo 2.-** “Carta sin distinción de ningún tipo como raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social y nacional, fortuna, nacimiento u otro status”.

**Artículo 3 numerales 1 y 2.-** “1. Todos los individuos serán iguales ante la ley.

2. Todos los individuos tendrán derecho a igual protección de la ley”.

<sup>158</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

**Artículo 11 numeral 2.-** “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.

**Artículo 66 numeral 4.-** “Se reconoce y garantizará a las personas:

4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.

Es necesario considerar dos nociones de igualdad, la material y la formal; la igualdad formal significa el ser igual ante la ley sin discriminación alguna;<sup>159</sup> esta noción es una conquista de la Revolución Francesa, pues tras el liberalismo burgués, la igualdad se concibió como el principio que abole los privilegios y que otorga efectos generales a la aplicación de la ley.<sup>160</sup>

Al contrario, la igualdad material toma en consideración la posición real en la que se encuentra una persona y procura la consecución de una equiparación real y efectiva.<sup>161</sup> Sin embargo, en aras de conseguir la igualdad material, puede constituir razón suficiente para la justificación de un tratamiento desigual. Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional Federal de Alemania al considerar que la creación de una desigualdad formal, legitimaría ciertas medidas legislativas que tiendan a la consecución de la igualdad material.<sup>162</sup>

Por lo que podemos manifestar que la igualdad formal y material no son conceptos antagónicos, sino que la igualdad material enriquece el contenido de la igualdad formal;<sup>163</sup> por lo que el legislador debe encontrar el punto de equilibrio entre las exigencias de la igualdad formal y las necesidades de conseguir la igualdad material a través de la implementación de medidas de acción positiva.<sup>164</sup>

Por otro lado, la naturaleza jurídica de la igualdad ha causado polémica; sin embargo, la jurisprudencia internacional, sobre todo la española inclina la balanza en determinar a la igualdad como un principio general del Derecho y como un derecho subjetivo de las personas; así podemos encontrar a la sentencia 60/1984 del Tribunal Constitucional de España donde argumenta que al introducir el principio general de que todas las personas son iguales ante la ley, se establece el derecho subjetivo a obtener un

---

<sup>159</sup> Jean-Jacques, Rousseau. *El origen de la desigualdad*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 13-15.

<sup>160</sup> Maximilien Robespierre. *Libertad, Igualdad, Fraternidad*. Buenos Aires: Longseller, 2005, pp. 41-42.

<sup>161</sup> Paul Baker. *Vivir como iguales. Apología de la justicia social*. Barcelona: Paidós, 2000, pp. 26-32.

<sup>162</sup> Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Sentencia de la Segunda Sala No. BVerfGE 26, 302 de 09 de julio de 1969.

<sup>163</sup> Livio Paladin. *Diritto costituzionale*. Padova: Cedam, 1995, p. 578.

<sup>164</sup> Corte Constitucional de Italia. Sentencia No. 106/196219 de diciembre de 1962.

trato igual; y al mismo tiempo, limita al poder legislativo y a los poderes de de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas.<sup>165</sup>

De igual forma, la sentencia 8/1986 expedida por el mismo tribunal, configura a la igualdad como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna, es decir, a no ser tratada jurídicamente de manera distinta de quienes se encuentran en la misma situación, sin que exista una justificación objetiva y razonable de esa desigualdad de trato.<sup>166</sup> Asimismo, en el voto salvado de la sentencia 7/1983 emitido por el magistrado Luis Díez-Picazo, se concibió a la igualdad como un principio general del Derecho, de manera que cualquier excepción a él debe ser sometida a una interpretación restringida; y como un limitante a la potestad legislativa del Estado, que contenía al mismo tiempo un derecho subjetivo de todas las personas.<sup>167</sup>

Otro elemento a considerar es el principio de no discriminación que conduce a la instauración de la igualdad de trato a través de la prohibición legal, como es en el caso ecuatoriano una prohibición de carácter constitucional recogida en el citado artículo 11 numeral segundo que establece lo siguiente:

[...] Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.<sup>168</sup>

Sin embargo, cabe indicar que existe la noción conocida como la discriminación positiva, noción necesaria pues debemos partir de una premisa que las normas y las políticas no son neutras para los distintos grupos sociales, sino que pueden llevar

---

<sup>165</sup> Tribunal Constitucional de España. Sentencia No. 60/1984 de 16 de febrero de 1984.

<sup>166</sup> Tribunal Constitucional de España. Sentencia No. 8/1986 de 12 de enero de 1986.

<sup>167</sup> Tribunal Constitucional de España. Sentencia No. 7/1983 de 25 de agosto de 1983.

<sup>168</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11 numeral 2. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

aparejadas diferencias en función de la colectividad a la cual están dirigidas, todo en función a la consecución de la igualdad real.<sup>169</sup>

Es decir, que el principio de igualdad no quiere decir que toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se prohíbe toda diferencia de trato, sino que la igualdad sólo se vulnera cuando dichas discriminaciones están desprovistas de una justificación objetiva y razonable; por lo que un juicio de razonabilidad se convierte entonces en el elemento determinante para poder apreciar la violación del principio de igualdad en determinadas situaciones.<sup>170</sup>

Así lo determina la sentencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Yatama c. Nicaragua*, la que dispone lo siguiente:

Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.

El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1(1) de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe.<sup>171</sup>

Es por lo expuesto que la defensa de la igualdad no se aborda sólo desde el enfoque estrictamente individualista de la ejecución de medidas específicas para el logro puntual de la igualdad sino que, además, se constata desde instancias internacionales y supranacionales donde se hace preciso movilizar todas las acciones y políticas

---

<sup>169</sup> José María Añón. *Igualdades, Diferencias y Desigualdades*. México D.F.: Fontamara, 2001, p. 71.

<sup>170</sup> Rafael Vázquez Sánchez. *La libertad e igualdad jurídica como principios generales del derecho*. México D.F.: Porrúa, 1995, pp. 33-35.

<sup>171</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Yatama c. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005, párrafos 185-186.

generales, para constatar la naturaleza transversal del principio de igualdad y su implementación en la noción formal y en la material.<sup>172</sup>

## 1.2. El derecho a la Propiedad Intelectual

El tratadista Robert Sherwood mencionaba una frase muy clara respecto del nacimiento de la propiedad intelectual: “[l]a información no es algo que simplemente forme parte del interés público; eventualmente puede ser una mercancía”.<sup>173</sup>

La propiedad intelectual es comúnmente definida como una rama del Derecho que se centra en la protección de los trabajos de la mente humana, los cuales incluyen obras literarias y otras creaciones artísticas, el denominado derecho de autor, y las invenciones; además, se recalca que el bien más importante de una empresa, su reputación comercial, también se encuentra protegido, por encontrarse asociado al nombre comercial de la organización al cual pertenece.<sup>174</sup>

Sin embargo, esta definición constituye una visión restringida de la propiedad intelectual, ya que es también su propósito la apropiación de los activos intangibles de la empresa (se excluyen algunos derechos intangibles como los crediticios); por ende, no se limita solamente a la protección de las creaciones artísticas o invenciones.<sup>175</sup>

Los derechos de propiedad intelectual hacen referencia a los derechos sobre bienes intangibles; es decir, los que carecen de sustancia física, que generan derechos y beneficios económicos a sus titulares; este tipo de derechos son oponibles *erga omnes* y permiten la exclusividad de su uso a su titular.<sup>176</sup>

---

<sup>172</sup> Ángel Puyol. *El discurso de la desigualdad*. Barcelona: Paidós, 2001, p. 67.

<sup>173</sup> Robert M. Sherwood. *Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico. Una Nueva Estrategia para la Competitividad Científica*. Buenos Aires: Heliasta, 1995, p. 33.

<sup>174</sup> Nuno Pires de Carvalho. *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*. La Haya: Kluwer Law International, 2011, pp. 2, 3.

<sup>175</sup> *Id.*, p. 3.

<sup>176</sup> *Id.*, pp. 26-30.

La naturaleza de los derechos de propiedad intelectual, genera la necesidad de su protección jurídica; ésta protección se da al reconocerse su naturaleza esencial como un derecho real de propiedad. El derecho a la propiedad es en relación de bienes inmateriales, como lo son los signos distintivos, los cuales constituyen medios de identificación comercial.<sup>177</sup>

Para el tratadista Ermenegildo Baylos Corroza, los derechos de propiedad intelectual son una derivación del derecho fundamental de la propiedad privada; por lo que sostiene que estos derechos tienen por objeto la idea, concepción o creación del hombre, por lo que el derecho de propiedad recae sobre estos bienes inmateriales.<sup>178</sup>

El derecho a la propiedad se encuentra reconocido como un derecho fundamental del hombre de manera unánime en innumerables tratados internacionales; así es reconocido en el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos;<sup>179</sup> asimismo, en el artículo 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;<sup>180</sup> en el numeral primero del artículo 17 de la Carta de

---

<sup>177</sup> Ermenegildo Baylos Corroza. *Tratado de Derecho Industrial*. Madrid: Civitas, 1978, p. 5.

<sup>178</sup> *Ibíd.*

<sup>179</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf>> (13/02/2012).

**Artículo 17.-** “1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”.

**Artículo 2.-** “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

**Artículo 7.-** “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

<sup>180</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950). Adoptado por el Consejo de Europa, en Roma, el 4 de noviembre de 1950.

Disponible en: <[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D800CBD20E595/0/CONVENTION\\_ESP\\_WEB.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D800CBD20E595/0/CONVENTION_ESP_WEB.pdf)> (12/02/2012).

**Artículo 1.-** “Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes.

Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.”.

los Derechos Fundamentales de la Unión Europea;<sup>181</sup> el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;<sup>182</sup> en el artículo 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,<sup>183</sup> el artículo 14 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>184</sup> y en los artículos 66 numeral 26, y 321 de la Constitución ecuatoriana.<sup>185</sup>

Respecto de los derechos de propiedad intelectual, la Teoría del Derecho de Propiedad establece que el derecho que posee el creador o titular respecto del bien intangible, es igual a la relación jurídica existente entre el propietario y la cosa, traducida en la facultad de usar, gozar y disponer de ella; esta teoría refuerza el valor

---

<sup>181</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007). Adoptada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007.

Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403ES:PDF> (12/02/2012).

**Artículo 17 numeral 1.-** “Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general.”.

<sup>182</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0001> (12/02/2012).

**Artículo 24.-** “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

<sup>183</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá el 2 de mayo de 1948.

Disponible en: <http://www.cidh.org/basicos/Basicos1.htm> > (11/02/2012).

**Artículo 23.-** “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.

<sup>184</sup> Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). Aprobada durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana en Nairobi, Kenia el 27 de julio de 1981.

Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1297> (12/02/2012).

**Artículo 14.-** “Estará garantizado el derecho a la propiedad. Este solamente podrá ser usurpado en el interés público o general de la comunidad y de conformidad con las disposiciones de las leyes adecuadas.”

<sup>185</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

**Artículo 66 numeral 26.-** “Se reconoce y garantizará a las personas:

26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas”.

**Artículo 321.-** “El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental”.



económico y comercial de dichos bienes inmateriales, lo cual implica la existencia de un derecho exclusivo frente a terceros.<sup>186</sup>

Asimismo, se ha definido a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa y la relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho quienes deben respetar el poder exclusivo del propietario;<sup>187</sup> por lo que, los bienes corporales y los inmateriales, en cuanto a su contenido y tutela jurídica deben tener idéntico tratamiento. Así lo ha corroborado la jurisprudencia, con lo que podemos citar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el cual determinó que el Derecho de Propiedad Intelectual “es un derecho real, mueble, especial, sobre un bien inmaterial que forma parte del patrimonio de su titular o de quien ostenta dicha calidad”.<sup>188</sup>

La protección de los derechos de propiedad intelectual promueve la competencia; así lo corrobora el Manual de la OMPI<sup>189</sup> respecto a la Propiedad Intelectual, el cual en su primer párrafo establece:

Intellectual property, very broadly, means the legal rights which result from intellectual activity in the industrial, scientific, literary and artistic fields. Countries have always to protect intellectual property for two main reasons. One is to give statutory expression to the moral and economic rights of creators in their creations and the rights of public access to those creations. The second is to promote, as a deliberate act of Government policy, creativity and the dissemination and application of its results and to encourage fair trading which would contribute to economic and social development.<sup>190</sup>

---

<sup>186</sup> Héctor Della Costa. *El Derecho de Autor y su Novedad*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1971, p. 27.

<sup>187</sup> Mariano Uzcátegui Urdaneta. *Propiedad Industrial*. Caracas: CEPSAL, 1970, p. 42.

<sup>188</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia en el Proceso de Interpretación Prejudicial 10-IP-94. Jurisprudencia Tomo IV, 1997, p. 66.

<sup>189</sup> Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Se regula a través de su instrumento constitutivo “Convenio de la OMPI”, firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967, entró en vigor en 1970 y fue enmendado en 1979. La OMPI es una organización intergubernamental que en 1974 pasó a ser uno de los organismos especializados del sistema de organizaciones de las Naciones Unidas.

<sup>190</sup> “La propiedad intelectual, en sentido amplio, implica a los derechos que se derivan de la actividad intelectual dentro de los campos industriales, científicos, literarios y artísticos. Los países siempre deben proteger a la propiedad intelectual por dos razones principales. Una es dar una expresión legal a los derechos morales y patrimoniales de los creadores en sus creaciones y los derechos de acceso público a esas creaciones. La segunda es la de promover, como un acto deliberado de la política gubernamental, la creatividad, difusión y aplicación de sus resultados y fomentar el comercio justo el cual contribuye al desarrollo económico y social” (traducción libre). Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *WIPO Intellectual Property Manual*. Ginebra: OMPI, 2011, pp. 17-26.

El derecho a la propiedad intelectual se encuentra reconocido en diversos tratados internacionales. Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos lo reconoce en su artículo 27 inciso segundo;<sup>191</sup> asimismo, lo establece el artículo 15 numeral 1, literales b) y c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;<sup>192</sup> el artículo 17 numeral 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea;<sup>193</sup> el artículo 13 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.<sup>194</sup>

Respecto del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la propiedad intelectual se reconoce en los artículos 22, 25 y 322 de la Constitución de la República del Ecuador<sup>195</sup> y éstos se desarrollan en la Ley de Propiedad Intelectual.<sup>196</sup>

---

<sup>191</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

Disponible en: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf> > (13/02/2012).

**Artículo 27 inciso 2.-** “Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

<sup>192</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>> (10/02/2012).

**Artículo 15 numeral 1, literales b) y c).-** “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: [...]

b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;

c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora [...]”.

<sup>193</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007). Adoptada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007.

Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403ES:PDF>> (12/02/2012).

**Artículo 17 numeral 2.-** “Se protege la propiedad intelectual”.

<sup>194</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá el 2 de mayo de 1948.

Disponible en: < <http://www.cidh.org/basicos/Basicos1.htm> > (11/02/2012).

**Artículo 13.-** “Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor”.

<sup>195</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

**Artículo 22.-** “Las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría”.

**Artículo 25.-** “Las personas tienen derecho a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico y de los saberes ancestrales”.

El artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual establece lo siguiente:

Art. 1.- El Estado reconoce, regula y garantiza la propiedad intelectual adquirida de conformidad con la ley, las decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y los convenios internacionales vigentes en el Ecuador.

La propiedad intelectual comprende:

1. Los derechos de autor y derechos conexos;
2. La propiedad industrial, que abarca, entre otros elementos, los siguientes:
  - a) Las invenciones;
  - b) Los dibujos y modelos industriales;
  - c) Los esquemas de trazado (topografías) de circuitos integrados;
  - d) La información no divulgada y los secretos comerciales e industriales;
  - e) Las marcas de fábrica, de comercio, de servicios y los lemas comerciales;
  - f) Las apariencias distintivas de los negocios y establecimientos de comercio;
  - g) Los nombres comerciales;
  - h) Las indicaciones geográficas; e,
  - i) Cualquier otra creación intelectual que se destine a un uso agrícola, industrial o comercial.
3. Las obtenciones vegetales.

Con estos antecedentes, podemos entonces indicar que el bien jurídico protegido de la propiedad intelectual es la creación del intelecto humano perteneciente a un individuo u organización; ellos podrán escoger en compartir su creación libremente o controlarla para usarla en determinadas maneras; por tanto, a través de un sistema de protección de derechos de propiedad intelectual, es posible no solamente asegurar que una innovación o creación se atribuya a su creador o productor, sino también para asegurar su pertenencia y beneficio comercial.<sup>197</sup>

De la misma manera, todo comerciante necesita afirmar su individualidad por lo que se crean marcas para identificar y diferenciar los productos o servicios ofertados, estos bienes intangibles merecen a su vez una adecuada protección jurídica; así se crea el derecho marcario.<sup>198</sup>

---

**Artículo 322.-** “Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agro-biodiversidad”.

<sup>196</sup> Ley de Propiedad Intelectual. Registro Oficial Suplemento 426 de 28 de diciembre 2006.

<sup>197</sup> Cámara de Comercio Internacional. *Current and Emerging Intellectual Property Issues for Business, a Roadmap for Business and Policy Makers*. París: CCI, 2007, pp. 3-9.

<sup>198</sup> Jorge Otamendi. *Derecho de Marcas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 27.

Existe abundante normativa específica acerca de la propiedad intelectual de las marcas y nombres comerciales; por ejemplo encontramos el Convenio de París;<sup>199</sup> el Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas;<sup>200</sup> el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC);<sup>201</sup> y respecto del Derecho Comunitario, podemos encontrar a la Decisión 486 de la Comunidad Andina;<sup>202</sup> toda esta normativa refleja la necesidad de protección jurídica a la propiedad industrial. Asimismo, encontramos el Arreglo de Niza relativo a la clasificación internacional de productos y servicios para el registro de las marcas<sup>203</sup> que presenta una clasificación internacional de productos y servicios que se aplica para el registro de marcas de productos y servicio. Esta extensa normativa es emitida debido a que en el comercio internacional y local, las marcas, como bienes intangibles, poseen un valor y por tanto es necesaria su protección jurídica.

Marca puede ser cualquier signo capaz de distinguir productos o servicios en el mercado, puede incluso concebirse en ciertos casos como una indicación de procedencia empresarial; por lo que una marca en definitiva es un signo que posee distintividad<sup>204</sup>. Así lo confirma el artículo 194 de la Ley de Propiedad Intelectual, el cual restringe su aptitud para ser registrada a que el signo sea suficientemente distintivo y pueda ser susceptible de representación gráfica.<sup>205</sup>

---

<sup>199</sup> Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883). Adoptado en 1883, revisado en Bruselas (1900), en Washington (1911), en La Haya (1925), en Londres (1934), en Lisboa (1958) y en Estocolmo (1967) y enmendado en 1979. Publicado en el Registro Oficial 244 de 29 de julio de 1999. Disponible en: <[http://www.wipo.int/wipolex/es/wipo\\_treaties/text.jsp?doc\\_id=131045&file\\_id=177595](http://www.wipo.int/wipolex/es/wipo_treaties/text.jsp?doc_id=131045&file_id=177595)> (acceso: 03/04/2012).

<sup>200</sup> Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas (2006). Adoptado en Singapur el 27 de marzo de 2006. Disponible en: <[http://www.wipo.int/treaties/es/ip/singapore/pdf/singapore\\_treaty.pdf](http://www.wipo.int/treaties/es/ip/singapore/pdf/singapore_treaty.pdf)> (acceso: 03/04/2012).

<sup>201</sup> Alcance al Protocolo de Adhesión del Ecuador a la Organización Mundial del Comercio: Anexo 1C: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Aprobado el 27 de septiembre de 1995 en Ginebra, Suiza. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 977 de 28 de junio de 1996.

<sup>202</sup> Decisión 486: Régimen Común Sobre Propiedad Industrial. Aprobada por la Comisión de la Comunidad Andina el 14 de septiembre de 2000. Publicada en el Registro Oficial 258 de 02 de febrero de 2011.

<sup>203</sup> Arreglo de Niza relativo a la clasificación internacional de productos y servicios para el registro de las marcas (1957). Adoptado en 1957, revisado en Estocolmo (1967) y en Ginebra (1977) y modificado en 1979.

Disponible en: <[www.aepi.org/ec/aepi/index.php?option=com\\_docman](http://www.aepi.org/ec/aepi/index.php?option=com_docman)> (acceso: 03/04/2012).

<sup>204</sup> Jorge Otamendi. *Derecho de Marcas*. *Óp. cit.*, pp. 37-38.

<sup>205</sup> Ley de Propiedad Intelectual. Registro Oficial Suplemento 426 de 28 de diciembre 2006.

Con este antecedente, todos los signos distintivos pueden constituir marcas, pues tienen la capacidad de distinguir bienes y servicios;<sup>206</sup> sin embargo, no solamente los signos distintivos que son visualmente perceptibles pueden registrarse como marcas; se deben agregar además las formas tridimensionales de productos, sus empaques y hologramas;<sup>207</sup> así lo reconoce el Tratado de Singapur que como instrumento internacional determina que las marcas no tradicionales son reconocidas; lo que rige para todos los tipos de marcas, incluidas las marcas visibles no tradicionales, como los hologramas, las marcas tridimensionales, las marcas de color, de posición y las animadas, y también para las marcas no visibles, como las marcas de sonido, las olfativas, las gustativas y las táctiles.<sup>208</sup>

---

**Art. 194.-** “Se entenderá por marca cualquier signo que sirva para distinguir productos o servicios en el mercado.

Podrán registrarse como marcas los signos que sean suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica.

También podrán registrarse como marca los lemas comerciales, siempre que no contengan alusiones a productos o marcas similares o expresiones que puedan perjudicar a dichos productos o marcas.

Las asociaciones de productores, fabricantes, prestadores de servicios, organizaciones o grupos de personas, legalmente establecidos, podrán registrar marcas colectivas para distinguir en el mercado los productos o servicios de sus integrantes”.

<sup>206</sup> Carlos Fernández-Nóvoa. *Tratado sobre Derecho de Marcas*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004, pp. 27-29.

<sup>207</sup> Alina Wheeler. *Designing Brand Identity*. Hoboken: John Wiley & Sons Inc., 2006, pp. 87-91.

<sup>208</sup> Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas (2006). Adoptado en Singapur el 27 de marzo de 2006.

Disponible en: <[http://www.wipo.int/treaties/es/ip/singapore/pdf/singapore\\_treaty.pdf](http://www.wipo.int/treaties/es/ip/singapore/pdf/singapore_treaty.pdf)> (acceso: 03/04/2012).

**Regla 3: Detalles relativos a la solicitud.-**

“[...] 2) [Marca en que se reivindica color] Cuando la solicitud contenga una declaración en el sentido de que el solicitante desea reivindicar el color como característica distintiva de la marca, la Oficina podrá exigir que en la solicitud se indique el nombre o el código del color o colores reivindicados y una indicación, respecto de cada color, de las partes principales de la marca que figuren en ese color.

4) [Marca tridimensional]

a) Cuando la solicitud contenga una declaración en el sentido de que la marca es tridimensional, la reproducción de la marca consistirá en una reproducción gráfica o fotográfica bidimensional. [...]

5) [Marca que consista en un holograma] Cuando la solicitud contenga una declaración en el sentido de que la marca es un holograma, la representación de la marca consistirá en una o varias vistas de la marca que capten el efecto holográfico en su totalidad [...].

6) [Marca animada] Cuando la solicitud contenga una declaración en el sentido de que la marca es una marca animada, la representación de la marca consistirá, a elección de la Oficina, en una imagen o en una serie de imágenes fijas o de movimiento que, conjuntamente, describan el movimiento [...].

7) [Marca de color] Cuando la solicitud contenga una declaración en el sentido de que la marca es una marca cuyo objeto es exclusivamente un color o una combinación de colores sin contornos delineados, la reproducción de la marca consistirá en una muestra del color o los colores [...].

8) [Marca de posición] Cuando la solicitud contenga una declaración en el sentido de que la marca es una marca de posición, la reproducción de la marca consistirá en una única vista de la marca que muestre su posición respecto del producto. La Oficina podrá exigir que se indique la materia respecto de la que no se

En Ecuador, desde la adopción de la Decisión 486 el primero de diciembre de 2000, en virtud de su artículo 134 se reconoce formalmente la posibilidad de registrar sonidos, olores, formas tridimensionales, entre otros.<sup>209</sup>

Es necesario notar, que la esencia de las marcas es permitir a los consumidores que obtengan los bienes que ellos realmente desean adquirir, o no adquirir los bienes que no desean; es por esta razón que el valor de la marca lo da el consumidor no el empresario.<sup>210</sup>

El tratadista Tom Blanckett nos presenta una noción del poder de una marca transmitido a las expectativas del consumidor respecto de la naturaleza o las propiedades de tal producto o servicio ofertado:

The real power of successful brands is that they meet the expectations of those that buy them or, to put it in another way, they represent a promise kept. As such they

---

reivindique la protección. La Oficina podrá también exigir una descripción en la que se especifique la posición de la marca en relación con el producto.

9) [Marca sonora] Cuando la solicitud contenga una declaración en el sentido de que la marca es una marca sonora, la representación de la marca consistirá, a elección de la Oficina, en su notación en un pentagrama, o en una descripción del sonido que constituye la marca, o en una grabación analógica o digital de ese sonido, o toda combinación de lo anterior.

10) [Marca que consista en un signo no visible que no sea una marca sonora] Cuando la solicitud contenga una declaración en el sentido de que la marca consiste en un signo no visible que no es una marca sonora, una Parte Contratante podrá exigir una o más representaciones de la marca, una indicación del tipo de marca y detalles relativos a la marca, según lo disponga la legislación de esa Parte Contratante”.

<sup>209</sup> Decisión 486: Régimen Común Sobre Propiedad Industrial. Aprobada por la Comisión de la Comunidad Andina el 14 de septiembre de 2000. Publicada en el Registro Oficial 258 de 02 de febrero de 2011.

**Artículo 134.-** “A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro.

Podrán constituir marcas, entre otros, los siguientes signos:

- a) las palabras o combinación de palabras;
- b) las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos;
- c) los sonidos y los olores;
- d) las letras y los números;
- e) un color delimitado por una forma, o una combinación de colores;
- f) la forma de los productos, sus envases o envolturas;
- g) cualquier combinación de los signos o medios indicados en los apartados anteriores”.

<sup>210</sup> Jan Lindemann. *Brand Valuation, in Brands and Branding*. Nueva York: Bloomberg Press, 2004, pp. 2-4.

are a contract between a seller and a buyer: if the seller keeps to his side of the bargain, the buyer will be satisfied; if not, the buyer will in future look elsewhere.<sup>211</sup>

Es por esta razón que el uso desautorizado de marcas, incluso si se acompaña con el nombre del verdadero fabricante constituye una infracción al derecho marcario; así lo sostuvo el caso *Arsenal Football Club plc c. Mathew Reed*<sup>212</sup> en el cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo:

The High Court states that in the main proceedings it is not in dispute that Mr. Reed sold and offered for sale from one of his stalls scarves marked in large lettering with signs referring to Arsenal FC and that these were unofficial products [...] It also states that on the stall there were a large sign with the following text: “The word or logo(s) on the goods offered for sale, are used solely to adorn the product and does not imply or indicate any affiliation or relationship with the manufacturers or distributors of any other product, only goods with official Arsenal merchandise tags are official Arsenal merchandise” [...] The High Court further states that when, exceptionally, he was able to obtain official articles, Mr. Reed, in his dealings with his customers, clearly distinguished the official products from the unofficial ones, in particular by using a label with the word “official”. The official products were also sold at higher prices [...]. Having regard to the presentation of the word “Arsenal” on the goods at issue in the main proceedings and the other secondary markings on them [...], the use of that sign is such as to create the impression that there is a material link in the course of trade between the goods concerned and the trade mark proprietor.<sup>213</sup>

Por todo lo expuesto, el reconocimiento y protección de la propiedad intelectual busca propiciar el equilibrio y un beneficio recíproco entre productores y usuarios de conocimientos, para que de esta manera se incentive el desarrollo de la innovación, la tecnología y el comercio resguardando los derechos marcarios.

Como fue explicado anteriormente, los signos distintivos se protegen en cuanto constituyan medios idóneos de identificación y diferenciación de productos y servicios, sin perjuicio que también puedan servir para identificar la procedencia empresarial de dichos productos o servicios; observamos esencialmente un fin patrimonial como es el proteger y garantizar al empresario que sólo él podrá usar, gozar y disponer, en el ejercicio de su actividad económica, el derecho de propiedad que recaen sobre el bien inmaterial; asimismo, existe un fin socio-comercial el cual es la protección del

---

<sup>211</sup> Tom Blanckett. *What is a Brand?*. Nueva York: Bloomberg Press, 2004, p. 18.

<sup>212</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Caso Arsenal Football Club plc c. Mathew Reed*. Causa No. C-2006/01. Sentencia de 12 de noviembre de 2002.

<sup>213</sup> *Id.*, párrafos 16, 17 y 57.

consumidor a no verse confundido, sobre todo cuando este tipo de signos poseen una aptitud natural para ser reproducidos indefinidamente con absoluta invariabilidad.<sup>214</sup>

Habiendo concebido que una marca es todo signo apto para distinguir productos y servicios en el mercado, permitiendo así a los consumidores identificarlos y escogerlos; y precisando que la marca no es el producto; sino que le da sentido y define su identidad en el espacio y en el tiempo; se concluye que la diferencia fundamental entre marca y producto es que el producto es lo que la empresa fabrica y la marca es lo que el cliente compra.<sup>215</sup>

En la actualidad, se presta una atención considerable a la actividad de mercadeo en sí misma, recurriendo a diseñadores y a agencias de publicidad; por lo que esta actividad se convierte en un fin que concibe al mercado en privilegio exclusivo de la publicidad de las marcas para posicionarse en él.<sup>216</sup>

Entonces, los signos distintivos se consideran poseedores de una innegable utilidad y contenido económico por estar destinados a captar mercado mediante la identificación de productos con signos distinguibles e identificables por los consumidores. De igual manera, la utilización de un marca se evidenció como una actividad económica para posicionarse en el mercado; y respecto de lo mencionado podemos citar el caso decidido por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *Mishawaka Rubbwe & Woolen MFG. Co. c. S.S. Kresge Co.*, en el cual se dispuso:

La protección de las marcas es el reconocimiento legal de la función psicológica de los signos. Si es verdad que vivimos por símbolos, no es menos cierto que adquirimos bienes por ellos. Una marca es un atajo mercadotécnico que induce al comprador a adquirir lo que desea, o lo que se le ha inducido a creer es lo que desea. El propietario de una marca explota esta tendencia humana realizando todo esfuerzo para impregnar la atmósfera del mercado con el poder magnético de un símbolo agradable.<sup>217</sup>

---

<sup>214</sup> Ermenegildo Baylos Corroza. *Tratado de Derecho Industrial*. Óp. cit. p. 23.

<sup>215</sup> Jean-Noel Kapferer. *Strategic Brand Management*. Nueva York: The Free Press, 1992, pp. 10-11.

<sup>216</sup> Charles H. Sandage. "Some Institutional Aspects of Advertising". *Journal of Advertising* Vo.1 No.1 (1973): pp. 9-27.

<sup>217</sup> Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso Mishawaka Rubbwe & Woolen MFG. Co. c. S.S. Kresge Co.* Sentencia No. 316 U.S. 203 de 04 de mayo de 1942.



Con esto antecedentes, observamos que las marcas ayudan al consumidor a seleccionar los bienes deseados; éstas identifican la fuente de los bienes y transmiten valiosa información a los consumidores; por lo que, las marcas que son fácilmente identificables reducen el costo en el que incurre el consumidor cuando busca lo que desea, y mientras sea menor el costo en la búsqueda, más competitiva será la marca en el mercado.<sup>218</sup> Por lo que, si cualquier posible limitación al mismo debe considerar los efectos no solo respecto del titular, sino también del mercado y sus consumidores.

## **2. La Publicidad**

En esta sección se tratará acerca del concepto de publicidad [2.]; en donde se estudiará además la regulación legal de la publicidad [2.1.], la diferencia entre marketing, publicidad y *Advertainment* [2.2.] y los derechos de los consumidores referentes a la publicidad [2.3.].

La publicidad puede definirse como una comunicación impersonal pagada por un anunciante identificado que usa los medios de comunicación con el fin de persuadir a una audiencia, o influir en ella.<sup>219</sup>

En el mundo globalizado, es ineficaz que el anunciante gaste recursos para publicitar su producto de manera directa con el consumidor, por lo que, la opción más válida es utilizar a los medios masivos de comunicación como mecanismos de conexión entre el producto o servicio ofertado y la audiencia de posibles consumidores.<sup>220</sup>

Debido a la diversidad que existe en la publicidad se han creado distintos tipos, entre ellas encontramos la publicidad de respuesta directa, la de negocio a negocio, la política, la institucional, la del servicio público, la al detalle y la de marca; el tipo de

---

<sup>218</sup> Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de los Estados Unidos. *Caso Scandia Down Corp c. Euroquilt Inc.* Sentencia No. 772 F.2d 1423 de 13 de septiembre de 1985.

<sup>219</sup> William Wells, John Burnett y Sandra Moriarty. *Publicidad principios y prácticas*. México D.F.: Prentice-Hall Hispanoamérica S.A., 1996, pp. 36-37.

<sup>220</sup> *Id.*, p. 40.

publicidad que nos atañe para el caso es la publicidad de marca, pues es la enfocada al desarrollo de la identidad o la imagen distintiva de una marca a largo plazo.<sup>221</sup>

La publicidad puede verse como una forma de comunicación de masas que proporciona información que contribuye a que vendedores y compradores de productos y servicios concurren al mercado; esta información transforma el objeto ofertado trascendiendo su valor real.<sup>222</sup> Por ello, la publicidad es una herramienta de persuasión para que los compradores prefieran el consumo de un producto en específico sobre cualquier otro; de esta manera ésta genera competencia entre los empresarios quienes combaten por obtener una posición aventajada en el mercado.<sup>223</sup>

Asimismo, la publicidad ayuda al desarrollo del criterio del consumidor en su interacción con el mercado. Sin embargo, algunos críticos sostienen que ésta tiene el poder de dictar el comportamiento de la gente.<sup>224</sup>

Los disertantes de la publicidad creen que los efectos acumulativos de su constante transmisión por los distintos medios de comunicación pueden ser arrolladores, sobre todo en grupos humanos más susceptibles como son los niños; sin embargo, no existen evidencias sólidas que comprueben el supuesto poder manipulador de la publicidad, pues son muchos otros los factores que contribuyen en el momento de elegir un producto.<sup>225</sup>

Es necesario acotar que la publicidad toma un concepto básico de la mercadotecnia el cual es tomar las necesidades y deseos del consumidor como punto de partida, éstos se reflejan en la creación del spot publicitario donde se acentúa la marca.<sup>226</sup> Así, el tratadista Steven Shiffrin al referirse a la realidad estadounidense nos indica que billones

---

<sup>221</sup> Charles H. Sandage. "Some Institutional Aspects of Advertising". *Óp. cit.* pp. 9-27.

<sup>222</sup> John M. Vernon. "Concentration, Promotion, and Market Share Stability in the Pharmaceutical Industry". *Journal of Industrial Economics* (1971): pp. 146-266.

<sup>223</sup> Charles H. Sandage. "Some Institutional Aspects of Advertising". *Óp. cit.*, p. 14.

<sup>224</sup> William Wells, John Burnett y Sandra Moriarty. *Publicidad principios y prácticas* *Óp. cit.*, p. 44.

<sup>225</sup> *Id.*, pp. 45-46.

<sup>226</sup> Don E. Schultz. "Integration helps you plan communication from outside-in". *The Marketing News* (1993): pp. 12-22.

de dólares son gastados cada año por publicistas quienes inundan el mercado con publicidad calculada para influenciar la opción de compra de los consumidores.<sup>227</sup>

Gracias a la libertad de información existente en la sociedad moderna, los publicistas logran su cometido de manera más eficaz y sencilla porque pueden planear desde afuera; esto quiere decir que pueden utilizar bases de datos referentes a las preferencias de los consumidores en un lugar y tiempo específico, utilizan proyecciones a futuro, evalúan a qué actividades de promoción han respondido los consumidores, y ésta siempre está sujeta a la capacidad creativa del publicista.

De igual forma, debido a la globalización primero se pensó que lo más óptimo sería el estandarizar los anuncios publicitarios, pero al reflexionar y considerar el aporte que las nuevas tecnologías proveen, se visionó una publicidad global que alcance a grupos selectos de consumidores a través de medios selectivos.<sup>228</sup>

Por lo expuesto, la publicidad utiliza los medios de comunicación para emitir un mensaje e influenciar en los consumidores para que de esta manera los anunciantes puedan percibir un beneficio económico al tratar de posesionar su producto o servicio en un lugar privilegiado en el mercado.

Habitualmente nos comunicamos debido a la confianza en que los interlocutores van a transmitirnos información que sea veraz o verdadera; suponemos que no están tratando de engañarnos, ofendernos o tratando de causarnos algún perjuicio; sin embargo, vivimos en un mundo saturado de marcas de productos y servicios donde en ciertas ocasiones el deseo de ganancia rápida es demasiado fuerte lo que puede provocar conductas deshonestas.<sup>229</sup>

La publicidad en una primera instancia tiende a autorregularse, pues como su objeto es transmitir mensajes, se encuentra protegida por el derecho a la libertad de expresión.

---

<sup>227</sup> Steven Shiffrin. *The First Amendment and Economic Regulation: Away from a general theory of the First Amendment*. *Óp. cit.*, p. 35.

<sup>228</sup> Andrea Semprini. *El marketing de la marca*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1995, pp. 56-58.

<sup>229</sup> Kenneth Baack y Donald Clow. *Publicidad, promoción y comunicación integral en marketing*. Naucalpán de Juárez: Pearson Educación de México S.A de C.V., 2010, pp. 64.66.

Ésta fue concebida como un instrumento eficaz para difundir mensajes comerciales correctos; pero también se recurre a ella para enviar mensajes menos positivos. La falta de ética en el mercado se convierte en la falta de ética de la publicidad; pues los anunciantes en ciertos casos han caído en la tentación de usar mensajes denigrantes o imágenes impactantes que provoquen escándalo.<sup>230</sup>

El tratadista Cass Sustein afirma la naturaleza de la autorregulación publicitaria; él explica, refiriéndose al ordenamiento jurídico estadounidense, que la base de la Primera Enmienda se encuentra en la metáfora de libre mercado:

[T]he First Amendment requires- at least as a presumption-a system of unrestricted economic markets. Government must respect the forces of supply and demand; it may not regulate the content of speech so as to push “the speech market” in its preferred directions.<sup>231</sup>

Entonces, podemos manifestar que el discurso publicitario es protegido por la libertad de expresión, la que es unánimemente reconocida por el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales; por lo que la regulación publicitaria debe surgir como una respuesta hacia el hecho de que al dejar al libre albedrío del anunciante el publicar, éste puede provocar la vulneración de derechos de los consumidores de los productos o servicios ofertados.

La publicidad no se limita sólo a fomentar la industria de los anunciantes, sino que ella misma se ha convertido en una industria con un potencial económico enorme y es un fenómeno sociocultural que se ha convertido en un factor de socialización desde niños hasta adultos; este protagonismo económico, social y cultural de la publicidad hace cada vez más necesaria la correspondiente regulación.<sup>232</sup>

---

<sup>230</sup> Hugo Aznar. “Cuestiones morales en torno al uso del dolor en la publicidad”. *Comunicación y Sociedad* Vol. II No. 2 (1994): pp. 75-81.

<sup>231</sup> “La Primera Enmienda requiere al menos de la presunción de un sistema irrestricto de mercados económicos. El gobierno debe respetar las fuerzas de oferta y demanda; no puede regular el contenido del discurso con el objeto de empujar el “discurso comercial” en la dirección de su preferencia” (traducción libre). Cass R. Sustein. *Democracy and the problem of free speech*. Nueva York: The Free Press, 1995, p. 255.

<sup>232</sup> Armand Mattelart. *La Publicidad*. Barcelona: Paidós, 1991, pp. 41-44.

La regulación jurídica aumenta conforme lo hace la trascendencia de los productos anunciados, como es el caso de los farmacéuticos, o de los hábitos de consumo fomentados, como lo es en el caso del tabaco o el alcohol; cuando la publicidad se dirige a grupos de especial atención, como son los niños; o cuando afecta derechos fundamentales de las personas, como la salud, la intimidad personal, entre otras.<sup>233</sup>

Sin embargo, las restricciones que pueden darse a derechos fundamentales deben encontrarse debidamente fundamentadas y cumplir con los principios de legalidad, legitimidad, proporcionalidad y necesidad, so pena de considerarse ilegales e inaplicables; así, el tratadista Rodney Smolla, ilustra esta concepción arguyendo lo siguiente:

In the United States, however, the text of the First Amendment, which declares unequivocally that Congress “shall make no law” abridging freedom of speech, arguably places the burden on government to justify its encroachments on free expression, rather than placing the burden on speech to justify itself.<sup>234</sup>

Las restricciones a la publicidad han sido analizadas en razón del tipo de discurso; así, la primera intervención gubernamental sobre la libertad de expresión de los anunciantes fue el declarar estándares de protección más laxos para el denominado “discurso comercial”; así encontramos el caso *Metromedia, Inc. c. San Diego*, donde la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, anunció ciertas limitaciones al discurso comercial aceptadas por la Primera Enmienda e indicó que se protege este tipo de discurso solo si se refiere a una actividad legal y no es engañoso. Una restricción en un discurso comercial protegido sólo es válida si busca implementar un interés gubernamental sustancial, si directamente avanza hacia ese interés, y no abarca más allá de lo necesario para lograr el objetivo dado.<sup>235</sup>

---

<sup>233</sup> Jim Ring. *La publicidad a debate*. Barcelona: Folio, 1994, pp. 187-190.

<sup>234</sup> “En los Estados Unidos; sin embargo, el texto de la Primera Enmienda, que declara inequívocamente que el Congreso no creará ninguna ley restrictiva a la libertad de expresión, incuestionablemente pone el peso en el gobierno para justificar su intromisión en el libre discurso, y no poniendo este peso en el discurso para que se justifique a sí mismo” (traducción libre) .Rodney A. Smolla. *Free speech in an open society*. *Óp. cit.*, p. 4.

<sup>235</sup> Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso Metromedia, Inc. c. San Diego*. Sentencia No. 453 U.S. 490 de 2 de julio de 1981.

La regulación publicitaria es cada vez más necesaria, pues hay anunciantes quienes no respetan las normas éticas de la comunicación publicitaria, por lo que la autorregulación se entiende insuficiente y genera la necesidad de crear normas jurídicas que regulen este ámbito relacionado con su contenido y generen responsabilidad sobre los anunciantes que incumplan o vulneren lo establecido en las leyes.<sup>236</sup> Por lo que, con un mercado global que a través de las nuevas tecnologías permite publicitar a gran escala un producto o servicio; se ha hecho necesaria la emisión de normas jurídicas que regulen la publicidad debido a temas como la publicidad engañosa y demás acciones que afectan los derechos de los consumidores.<sup>237</sup>

Los principales aspectos éticos que enfrenta la publicidad son la exageración, los estereotipos, comunicación a niños, productos controversiales y publicidad subliminal; esto presenta un problema real al que la sociedad de mercado se enfrenta, pues la publicidad se convierte en fuente de mensajes agresivos o engañosos que, pueden causar un perjuicio injustificado a los consumidores y a los mismos anunciantes, por tanto su regulación crece en importancia día a día.<sup>238</sup>

## **2.1. La diferencia entre Marketing, Publicidad y *Advertainment***

Como se indicó [2], la publicidad es toda forma de comunicación realizada por una persona natural o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.<sup>239</sup>

El *Advertainment* es la integración del entretenimiento y la publicidad mediante la inclusión de marcas en el guión de una película, programa de televisión u otro medio de

---

<sup>236</sup> Al Ries y Jack Trout. *Posicionamiento, el concepto que ha revolucionado la comunicación publicitaria y la mercadotecnia*. México D.F.: McGraw-Hill, 1988, pp. 221-222.

<sup>237</sup> *Id.*, p. 228.

<sup>238</sup> José Saborit. *La imagen publicitaria en televisión*. Madrid: Cátedra, 1988, p. 77.

<sup>239</sup> Nigel Morgan, Annette Pritchard y Roger Pride. *Destination Brands: managing place reputation*. *Óp. cit.*, p. 56.

entretenimiento<sup>240</sup>; por lo que se entiende que es una extensión de la publicidad capturada de manera distinta.

Este término proviene de la combinación entre *advertising* (publicidad) y *entertainment* (entretenimiento); el *Advertainment* se entremezcla en el guión de una película o programa de televisión; por ejemplo, el tratadista Jean-Marc Lehu nos explica que en un episodio de una popular serie de televisión estadounidense, “The Eleventh Hour”, la marca Nicorette se integró a la trama de un personaje que quería dejar de fumar; al integrar una marca en la historia, ésta se vuelve más notoria par el espectador.<sup>241</sup>

El uso del *Advertainment* aumentó de manera marcada con la aparición de los denominados “reality shows”, donde no existen guiones y la atención se centra en crear situaciones del “mundo real”; por lo que el éxito del *Advertainment* en estos programas televisivos dio origen a su empleo en programas basados en un guión como telenovelas, obras de teatro, películas e incluso canciones.<sup>242</sup>

Este tipo de publicidad es eficaz porque no existe ningún llamado a la acción; pues su objetivo principal es aumentar la conciencia y el gusto por la marca expuesta; es decir, que cuando el actor favorito del consumidor usa la marca específica, o el programa favorito contiene una marca particular, es más probable que el individuo transfiera estos sentimiento positivos de la marca hacia el espectador.<sup>243</sup>

Siendo el *Advertainment* es un tipo de publicidad dentro de un medio específico. El marketing es la actividad que engloba a ambos conceptos analizados. El marketing es un proceso social y administrativo por el que individuos y grupos obtienen lo que necesitan y desean a través de la creación y el intercambio de productos y de valor con otros.<sup>244</sup>

---

<sup>240</sup> David Hudson. Branded Entertainment: “A New Advertising Technique or Product Placement in Disguise?”. *Journal of Marketing Management* Vol. 22 No. 5/6 (2006): pp. 489-504.

<sup>241</sup> Jean-Marc Lehu. “Seamless Brand Integration”. *Brand Strategy* No. 211 (2007): pp. 34-35.

<sup>242</sup> Raj Persaud. “The Art of Product Placement”. *Brand Strategy* No. 216 (2007): pp. 30-31.

<sup>243</sup> RoxAnna Sway. “Four Critical Seconds”. *Display & Design Ideas* Vol. 17 No. 11 (2005): pp. 1-10.

<sup>244</sup> Guillermo Bilancio. *Marketing, las ideas, el conocimiento y la acción*. Naucalpán de Juárez: Pearson Educación de México S.A. de C.V., 2008, p. 4.

La finalidad del marketing es el logro de las metas de una empresa que depende de la determinación de las necesidades, los deseos de los consumidores y la satisfacción de estos deseos de forma más eficaz y eficiente que los competidores, que en ciertos casos implica el publicitar los productos o servicios que ofertan los clientes.<sup>245</sup>

El concepto más básico en el que se apoya el marketing es que grupos o individuos consumidores satisfagan sus necesidades a través de la creación y el intercambio de bienes y servicios; por lo que se entiende que el marketing es de naturaleza mutable a los cambios del mercado; es por estos que el marketing incluye diversas actividades como son el estudio de mercados, la invención de estrategias comerciales y la promoción de productos y servicios a través de la publicidad.<sup>246</sup>

---

<sup>245</sup> Abraham Pizam y Youcheng Wang. *Destination marketing and management theories and applications*. Cambridge: CAB International, 2011, pp. 135-136.

<sup>246</sup> Gary Armstrong y Philip Kotler. *Fundamentos de Marketing*. Naucalpán de Juárez: Pearson Educación de México S.A. de C.V., 2003, pp. 16-18.



## CAPÍTULO 2. LA REGULACIÓN PUBLICITARIA

Este capítulo estudiará las nuevas tendencias regulatorias de la publicidad creadas debido a la evolución tecnológicas y a la concientización del ser humano respecto al respeto al medio ambiente o la preservación de su salud como políticas de estado y de organizaciones internacionales, así como la importancia del respeto a los derechos de los consumidores y usuarios. Asimismo, se analizarán las limitaciones a la expresión publicitaria que existen en la actualidad.

La regulación publicitaria constituye un motor esencial del funcionamiento del mercado actual, basado no solo en la producción y demanda, sino como medio para que los consumidores difundan sus reclamos; así encontramos normativa desarrollada en este tema en muchos países.

La Ley General de Publicidad española<sup>247</sup> establece que la publicidad ilícita es toda la que amenace la dignidad de la persona y los derechos reconocidos en la Constitución; esta definición es bastante amplia y se encuentra en concordancia con las limitaciones legítimas a la libertad de expresión que fueron analizadas.

De igual forma, esta ley reconoce la existencia de cuatro tipos de publicidad ilícita: la publicidad engañosa, la publicidad desleal; la publicidad subliminal y la que infrinja

---

<sup>247</sup> Ley General de Publicidad. Ley 34/1988 de 11 de noviembre de 1988. Artículo 3.

Disponible

en:

<<http://recursos.cnice.mec.es/media/publicidad/extras/docente/PDF/Ley%20General%20de%20Publicidad.pdf>> (acceso: 12/06/2012).

**Artículo 3 .-** “Es ilícita:

- a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género.
- b) La publicidad engañosa.
- c) La publicidad desleal.
- d) La publicidad subliminal.
- e) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios”.

lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

Una forma de publicidad ilícita es la publicidad engañosa, la cual es definida en el artículo 4 de la Ley General de Publicidad española:

Artículo 4.- Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor.

Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios.

Para determinar si una publicidad es engañosa, la mencionada ley en su artículo 5 dispone que es necesario tener en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a las características de los bienes, actividades o servicios tales como origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad y novedad. Se deberá observar además la calidad, cantidad, categoría, especificaciones, denominación, modo y fecha de fabricación, suministro o prestación; los resultados que pueden esperarse de su utilización, la nocividad o peligrosidad, las condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios, los motivos de la oferta y la naturaleza, cualificaciones y por último los derechos del anunciante, especialmente en lo relativo a la identidad, patrimonio y cualificaciones profesionales, los derechos de propiedad intelectual y los servicios post-venta.

Existe además, la publicidad subliminal y la desleal; la primera es la que se vale de la estimulación de los sentidos de los consumidores; quienes, sin percibir de forma consciente, son inducidos a la compra del producto o servicio ofertado; la publicidad desleal, se refiere a los anuncios que pretenden desacreditar o denigrar, de forma directa o indirecta, a una persona, empresa o a cierto producto o servicio ofertado.<sup>248</sup>

---

<sup>248</sup> Nigel Morgan, Annette Pritchard y Roger Pride. *Destination Brands: managing place reputation*. Oxford: El Sevier, 2011, pp. 179-182.

Para una mayor ilustración el artículo 6 de la Ley General de Publicidad española determina la definición de publicidad desleal:

Artículo 6.- Es publicidad desleal:

a) La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona o empresa, de sus productos, servicios, actividades o circunstancias o de sus marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos.

b) La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, o de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores y, en general, la que sea contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles. [...]

Es importante analizar los conceptos que nos presenta la normativa ecuatoriana, en específico la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la que en su artículo 2 define a la publicidad como la comunicación comercial o propaganda que el proveedor dirige al consumidor por cualquier medio idóneo, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio. Para el efecto la información deberá respetar los valores de identidad nacional y los principios fundamentales sobre seguridad personal y colectiva.

249

Dicho artículo define a la publicidad abusiva como toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, alterar la paz y el orden público o inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva. Se considerará también publicidad abusiva toda modalidad de información o comunicación comercial que incluya mensajes subliminales; y además determina que la publicidad engañosa es toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcialmente contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que

---

<sup>249</sup> Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

**Artículo 2.-** “[...] Publicidad.- La comunicación comercial o propaganda que el proveedor dirige al consumidor por cualquier medio idóneo, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio. Para el efecto la información deberá respetar los valores de identidad nacional y los principios fundamentales sobre seguridad personal y colectiva [...]”.

directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor.<sup>250</sup>

De igual manera dicha Ley define a la publicidad engañosa, en su artículo 2, el cual establece:

[...] Publicidad Engañosa.- Toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcialmente contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor [...].<sup>251</sup>

Asimismo, es necesario acotar lo que en Ecuador la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor considera como una infracción publicitaria, dicha ley en su artículo 7 establece lo siguiente:

Art. 7.- Infracciones Publicitarias.- Comete infracción a esta Ley el proveedor que a través de cualquier tipo de mensaje induce al error o engaño en especial cuando se refiere a:

1. País de origen, comercial o de otra índole del bien ofrecido o sobre el lugar de prestación del servicio pactado o la tecnología empleada;
2. Los beneficios y consecuencias del uso del bien o de la contratación del servicio, así como el precio, tarifa, forma de pago, financiamiento y costos del crédito;
3. Las características básicas del bien o servicio ofrecidos, tales como componentes, ingredientes, dimensión, cantidad, calidad, utilidad, durabilidad, garantías, contraindicaciones, eficiencia, idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y otras;
4. Los reconocimientos, aprobaciones o distinciones oficiales o privadas, nacionales o extranjeras tales como medallas, premios, trofeos o diplomas.<sup>252</sup>

---

<sup>250</sup> Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

**Artículo 2.-** “[...]Publicidad Abusiva.- Toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, alterar la

paz y el orden público o inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva.

Se considerará también publicidad abusiva toda modalidad de información o comunicación comercial que incluya mensajes subliminales. [...]”.

<sup>251</sup> Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 2. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

<sup>252</sup> Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 72. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

Es necesario ilustrar que la Ley General de Publicidad de España<sup>253</sup> nos presenta tres principios básicos que regulan la publicidad y que deben ser respetados por todos los anunciantes: el principio de veracidad; el cual requiere de la veracidad de los contenidos en los anuncios; el principio de autenticidad, que hace referencia al reconocimiento claro y sin confusiones del producto o servicio ofertado; el principio de libre competencia, el cual exige una conducta leal y honesta para con los competidores en la transmisión de los mensajes comerciales.

Estos principios también son recogidos en la normativa ecuatoriana, por ello lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor la que determina que están prohibidas todas las formas de publicidad engañosa o abusiva, o que induzcan a error en la elección del bien o servicio que puedan afectar los intereses y derechos del consumidor.<sup>254</sup>

Respecto de las vías judiciales competentes para conocer reclamos referentes a la publicidad, la Ley de Abusos de Publicidad de Chile reconoce la vía civil, específicamente por reclamo de pago por daños y perjuicios; la vía penal cuando se demanda por fraude publicitario, o por el delito de injuria.<sup>255</sup> Asimismo, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se reconocen dichas vías judiciales; la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en el primer inciso de su artículo 28 y el segundo inciso del artículo 77 reconocen el derecho de los consumidores y usuarios de reclamar los daños

---

<sup>253</sup> Ley General de Publicidad. Ley 34/1988 de 11 de noviembre de 1988. Artículo 6bis.

Disponible

en:

<<http://recursos.cnice.mec.es/media/publicidad/extras/docente/PDF/Ley%20General%20de%20Publicidad.pdf>> (13/06/2012).

<sup>254</sup> Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 6. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

**Artículo 6.-** “Quedan prohibidas todas las formas de publicidad engañosa o abusiva, o que induzcan a error en la elección del bien o servicio que puedan afectar los intereses y derechos del consumidor”.

<sup>255</sup> Ley de Abusos de Publicidad. Ley número 17.336. Promulgada el 28 de agosto de 1970 y publicada el Diario Oficial del 2 de octubre de 1970, con sus modificaciones posteriores, incorporadas en la Ley número 18.957, publicada en el Diario Oficial del 5 de marzo de 1990.

**Artículo 33.-** “La acción civil para obtener la indemnización de daños y perjuicios derivada de los delitos penados en esta ley se regirá por las reglas generales salvo lo dispuesto en el artículo 31”.

**Artículo 38.-** “Habrá acción pública para perseguir los delitos penados en la presente ley, con excepción de los contemplados en los artículos 19, 21 y 22, que serán de acción privada. Dicha acción corresponderá al personalmente ofendido o en las demás personas señaladas en los artículos 424 y 428 del Código Penal, en su caso”.

y perjuicios en vía civil ordinaria<sup>256</sup> y en el artículo 84 se determina admisible la vía penal para conocer acerca de las infracciones penales establecidas en la ley.<sup>257</sup>

De igual manera existe el derecho del consumidor a la reparación gratuita del bien adquirido, a su reposición o devolución del dinero pagado; así la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece:

Art. 71.- Indemnización, Reparación, Reposición y Devolución.- Los consumidores tendrán derecho, además de la indemnización por daños y perjuicios ocasionados, a la reparación gratuita del bien y, cuando no sea posible, a su reposición o a la devolución de la cantidad pagada, en un plazo no superior a treinta días, en los siguientes casos:

1. Cuando en el producto que se hubiere adquirido con determinada garantía y, dentro del plazo de ella, se pusiere de manifiesto la deficiencia o características del bien garantizado, siempre que se hubiere destinado al uso o consumo normal de acuerdo a la naturaleza de dicho bien. Este derecho se ejercerá siempre y cuando el proveedor haya incumplido con la garantía;
2. Cuando cualquier producto, por sus deficiencias de fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea apto para el uso al cual está destinado; y,
3. Cuando considerados los límites de tolerancia permitidos, el contenido neto de un producto resulte inferior al que debiera ser o la cantidad sea menor a la indicada en el envase o empaque.

---

<sup>256</sup> Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

**Artículo 28.-** “Responsabilidad Solidaria y Derecho de Repetición.- Serán solidariamente responsables por las indemnizaciones civiles derivadas de los daños ocasionados por vicio o defecto de los bienes o servicios prestados, los productores, fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, quien haya puesto su marca en la cosa o servicio y, en general, todos aquellos cuya participación haya influido en dicho daño”.

**Artículo 77 inciso 2.-** “Adicionalmente el Estado y las Entidades Seccionales Autónomas y/o los concesionarios del ejercicio del derecho para la prestación de servicios, responderán civilmente por los daños y perjuicios ocasionados a las habitantes, por su negligencia y descuido en la atención a la prestación de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados”.

<sup>257</sup> Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

**Artículo 84.-** “Juzgamiento de Infracciones.- Son competentes para conocer y resolver sobre las infracciones a las normas contenidas en la presente Ley, en primera instancia, el Juez de Contravenciones de la respectiva jurisdicción, y, en caso de apelación, el Juez de lo Penal de la respectiva jurisdicción. El juzgamiento de las infracciones previstas en esta Ley se iniciará mediante denuncia, acusación particular o excitativa fiscal.

Propuesta la denuncia y una vez citado el acusado, el Juez señalará día y hora para la audiencia oral de juzgamiento, la misma que deberá llevarse a cabo dentro del plazo de diez días contados a partir de la fecha de la notificación. Dicha audiencia iniciará con la contestación del acusado. A esta audiencia concurrirán las partes con todas las pruebas de las que se crean asistidos, previniéndoles que se procederá en rebeldía.

Se dispondrá que las partes presenten sus pruebas, luego de lo cual se dictará sentencia en la misma audiencia, de ser posible, caso contrario se lo hará dentro del plazo perentorio de tres días.

Si el consumidor anexa a su denuncia el informe emitido por la Defensoría del Pueblo, se considerará su contenido de conformidad a lo dispuesto en la presente Ley”.

Sin perjuicio de las acciones civiles, penales o administrativas a que hubiere lugar, el proveedor que incurriere en uno de los casos contemplados en este artículo, e incumpliere su obligación una vez fenecido el plazo establecido, será sancionado con una multa equivalente al valor del bien o servicio, que en ningún caso será inferior a ciento veinte dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda de curso legal, sin que ello se extinga su obligación de reparar o reponer el bien, o en su caso restituir lo pagado.

Existe además la vía administrativa, la que por ejemplo, en Ecuador se refiere a la inobservancia de la normativa referente al Derecho del Consumidor, que implica la imposición de multas a los proveedores que irrespeten la normativa legal y la clausura temporal o definitiva del establecimiento comercial<sup>258</sup>.

Según el artículo 81 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la Defensoría del Pueblo es la facultada para conocer y pronunciarse respecto de los reclamos de los consumidores y promover métodos alternativos de resolución de conflictos para la solución del problema, mientras no se refiera acerca de una infracción penal:

Art. 81.- Facultad de la Defensoría del Pueblo.- Es facultad de la Defensoría del Pueblo, conocer y pronunciarse motivadamente sobre los reclamos y las quejas, que presente cualquier consumidor, nacional o extranjero, que resida o esté de paso en el país y que considere que ha sido directa o indirectamente afectado por la violación o inobservancia de los derechos fundamentales del consumidor, establecidos en la Constitución Política de la República, los tratados o convenios internacionales de los cuales forme parte nuestro país, la presente ley, así como las demás leyes conexas. En el procedimiento señalado en el inciso anterior, la Defensoría del Pueblo podrá promover la utilización de mecanismos alternativos para la solución de conflictos, como la mediación, siempre que dicho conflicto no se refiera a una infracción penal.

---

<sup>258</sup> Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

**Artículo 70.-** “Sanción General.- Las infracciones a lo dispuesto en esta ley, siempre que no tengan una sanción específica, serán sancionadas con multa de cien a mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda de curso legal, y si es del caso, el comiso de los bienes, o la suspensión del derecho a ejercer actividades en el campo de la prestación del servicio o publicidad, sin perjuicio de las demás sanciones a las que hubiere lugar. El pago de las sanciones pecuniarias no libera al proveedor de cumplir con las obligaciones que le impone la ley”.

**Artículo 72.-** “El proveedor cuya publicidad sea considerada engañosa o abusiva, según lo dispuesto en el Art. 7 de esta Ley, será sancionado con una multa de mil a cuatro mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda de curso legal. Cuando un mensaje publicitario sea engñoso o abusivo, la autoridad competente dispondrá la suspensión de la difusión publicitaria, y además ordenará la difusión de la rectificación de su contenido, a costa del anunciante, por los mismos medios, espacios y horarios. La difusión de la rectificación no será menor al treinta por ciento (30%) de la difusión del mensaje sancionado”.

**Artículo 73.-** “El proveedor que incurra en lo establecido en el artículo 23 de la presente Ley, e incumpla las obligaciones allí establecidas, será sancionado con la clausura temporal o definitiva del establecimiento”.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, el consumidor podrá acudir, en cualquier tiempo, a la instancia judicial o administrativa que corresponda.

Por lo que, para alcanzar sus objetivos persuasivos e informativos, la publicidad deberá contar con la confianza del consumidor. Los anunciantes deben proteger la libertad de expresión comercial defendiendo la probidad de la información emitida, por ello, es necesario que existan normas jurídicas que regulen la publicidad y lleven a crear un derecho publicitario que una los intereses de la industria de la publicidad y de los consumidores para que tanto los derechos de la libertad de expresión y los derechos del consumidor coexistan de manera efectiva y que se creen mecanismos para contrarrestar el engaño y que se resarza a anunciantes o consumidores perjudicados.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano no existe una ley que específicamente regule el tema publicitario; sin embargo, dentro de la Constitución de la República y en otras normas jurídicas de menor jerarquía se regula la publicidad en sus diferentes enfoques.

La Constitución ecuatoriana recoge brevemente ciertos aspectos de la publicidad; así encontramos el segundo inciso del artículo 19 que se enfoca sobre todo en el contenido de la publicidad: “[...] Se prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos”.

En relación a la publicidad gubernamental, el artículo 115 de nuestra Carta Política determina en lo pertinente que los sujetos políticos no pueden contratar publicidad en los medios de comunicación y vallas publicitarias; además, el mismo artículo prohíbe la publicidad gubernamental, en todos los niveles de gobierno, para la campaña electoral<sup>259</sup>.

---

<sup>259</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

**Artículo 115.-** “El Estado, a través de los medios de comunicación, garantizará de forma equitativa e igualitaria la promoción electoral que propicie el debate y la difusión de las propuestas programáticas de todas las candidaturas. Los sujetos políticos no podrán contratar publicidad en los medios de comunicación y vallas publicitarias.

Se prohíbe el uso de los recursos y la infraestructura estatales, así como la publicidad gubernamental, en todos los niveles de gobierno, para la campaña electoral.



En relación al derecho del consumidor, el inciso primero del artículo 54 del mismo cuerpo constitucional dispone que las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore<sup>260</sup>. Este artículo de jerarquía constitucional recoge y sanciona el precepto de la publicidad engañosa, aspecto ya explicado anteriormente.

Habiendo expuesto los preceptos constitucionales del régimen publicitario; podemos advertir las normas jurídicas que regulan a su vez algunos temas relacionados con la publicidad.

Dentro de la Ley de Radiodifusión y Televisión se establece en su artículo 7 que las estaciones comerciales privadas se financian con publicidad pagada<sup>261</sup> y en el artículo 8 se determina que las estaciones de servicio no podrán cursar publicidad comercial de ninguna naturaleza y que las estaciones comunitarias que nacen de una comunidad u organización indígena, afroecuatoriana, campesina o cualquier otra organización social pueden realizar autogestión a través de publicidad de productos comerciales.<sup>262</sup>

---

La ley establecerá sanciones para quienes incumplan estas disposiciones y determinará el límite y los mecanismos de control de la propaganda y el gasto electoral”.

<sup>260</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

**Artículo 54 inciso 1.-** “Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore”.

<sup>261</sup> Ley de Radiodifusión y Televisión. Registro Oficial 785 de 18 de abril de 1975.

**Artículo 7.-** “Son estaciones comerciales privadas las que tienen capital privado, se financian con publicidad pagada y persiguen fines de lucro”.

<sup>262</sup> Ley de Radiodifusión y Televisión. Registro Oficial 785 de 18 de abril de 1975.

**Artículo 8.-** “Son estaciones de servicio público las destinadas al servicio de la comunidad, sin fines utilitarios, las que no podrán cursar publicidad comercial de ninguna naturaleza.

Están incluidas en el inciso anterior, las estaciones privadas que se dediquen a fines sociales, educativos, culturales o religiosos, debidamente autorizadas por el Estado.

Sin embargo las estaciones comunitarias que nacen de una comunidad u organización indígena, afroecuatoriana, campesina o cualquier otra organización social, que su labor esté orientada al fortalecimiento de la comunidad, a la consolidación intercultural y social, a la defensa de los valores humanos, históricos, artísticos, que afiancen la identidad nacional y vigoricen la vigencia de los derechos humanos, pueden realizar autogestión para el mejoramiento, mantenimiento y operación de sus instalaciones, equipos y pago de personal a través de donaciones, mensajes pagados, y publicidad de productos comerciales [...].

Respeto de los idiomas oficiales en los cuales se podrá publicitar, el artículo 48 de la Ley de Radiodifusión y Televisión determina que serán el castellano y el quichua.<sup>263</sup> Asimismo, el artículo 56 de la mencionada Ley establece que toda publicidad de empresas, entidades o actividades nacionales o extranjeras que transmitan las estaciones de radio y televisión, deberá elaborarse en el país con personal ecuatoriano.<sup>264</sup>

La Ley Orgánica de Salud en su artículo 6 numerales 21 y 22 dispone que el Ministerio de Salud Pública es el responsable de regular y controlar toda forma de publicidad y promoción que atente contra la salud e induzcan comportamientos que la afecten negativamente y de regular, controlar o prohibir en casos necesarios, la producción, importación, comercialización, publicidad y uso de sustancias tóxicas o peligrosas que constituyan riesgo para la salud de las personas.<sup>265</sup>

Respecto de la publicidad electoral, la ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia desarrolla el precepto constitucional antes mencionado al indicar en su artículo 205 que a partir de la convocatoria a elecciones se prohíbe cualquier tipo de publicidad con fines electorales con excepción de las dispuestas por el Consejo Nacional Electoral.<sup>266</sup>

Cabe mencionar que en el año 2011 el Ministerio de Salud Pública expidió el Reglamento para la Autorización y Control de la Publicidad y Promoción de Alimentos

---

<sup>263</sup> Ley de Radiodifusión y Televisión. Registro Oficial 785 de 18 de abril de 1975.

**Artículo 48.-** “Los idiomas oficiales de locución son el castellano y el quichua.

Los textos escritos de publicidad deberán ser emitidos en cualquiera de dichos idiomas.

Se exceptúan de esta obligación los programas destinados a sectores indígenas que hablen dialectos, o que estén dirigidos a países en los que se hablen otros idiomas”.

<sup>264</sup> Ley de Radiodifusión y Televisión. Registro Oficial 785 de 18 de abril de 1975.

**Artículo 56.-** “Toda publicidad de empresas, entidades o actividades nacionales o extranjeras que transmitan las estaciones, deberá elaborarse en el país con personal ecuatoriano”.

<sup>265</sup> Ley Orgánica de Salud. Registro Oficial Suplemento 423 de 22 de diciembre de 2006.

**Artículo 6 numerales 21 y 22.-** “21. Regular y controlar toda forma de publicidad y promoción que atente contra la salud e induzcan comportamientos que la afecten negativamente;  
22. Regular, controlar o prohibir en casos necesarios, en coordinación con otros organismos competentes, la producción, importación, comercialización, publicidad y uso de sustancias tóxicas o peligrosas que constituyan riesgo para la salud de las personas”.

<sup>266</sup> Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia. Registro Oficial Suplemento 578 de 27 de abril de 2009.

**Artículo 205.-** “A partir de la convocatoria a elecciones se prohíbe cualquier tipo de publicidad con fines electorales con excepción de las dispuestas por el Consejo Nacional Electoral”.

Procesados el que en su artículo 9<sup>267</sup> establece que la Dirección Nacional de Salud “es el organismo que, antes de su lanzamiento, deberá autorizar los anuncios, comerciales, campañas publicitarias y cualquier publicidad de productos de alimentos procesados comercializados en el país”.<sup>268</sup>

De conformidad con el artículo 8 del mencionado Reglamento, la publicidad de los alimentos procesados sujetos a registro sanitario deberá ajustarse a su verdadera naturaleza, composición, calidad, origen y cantidad del alimento envasado, de modo tal que se evite toda concepción errónea de sus cualidades o beneficios.<sup>269</sup> Además, el artículo 42 dispone que es responsabilidad del Ministerio de Salud Pública controlar toda forma de publicidad y promoción que atente contra la salud e induzcan comportamientos que la afecten negativamente.<sup>270</sup>

Además, con especial atención debemos indicar lo establecido en el artículo 364 inciso segundo de la Constitución, el cual dispone que el Estado debe controlar y regular la publicidad de tabaco y alcohol<sup>271</sup>. De este aspecto nos referiremos en detalle en el punto [1.2.].

Existe una regulación específica respecto al alcohol, el tabaco y los medicamentos; por ejemplo; el artículo 19 de la Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco

---

<sup>267</sup> Reglamento para la Autorización y Control de la Publicidad y Promoción de Alimentos Procesados. Acuerdo Ministerial 40. Registro Oficial 388 de 18 de febrero de 2011.

**Artículo 9.-** “Toda forma de publicidad de alimentos procesados, deberá ser previamente autorizada por la Dirección General de Salud, a través de la Dirección de Control y Mejoramiento en Vigilancia Sanitaria, observando el cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos en la Ley Orgánica de Salud y el presente reglamento”.

<sup>268</sup> Carlos Alberto Arroyo del Río. *La Publicidad y Promoción de Alimentos en Ecuador – Nuevo Reglamento*. [http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_contet&view=article&id=401&Itemid=438](http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_contet&view=article&id=401&Itemid=438) (acceso: 18/01/2012).

<sup>269</sup> Reglamento para la Autorización y Control de la Publicidad y Promoción de Alimentos Procesados. Acuerdo Ministerial 40. Registro Oficial 388 de 18 de febrero de 2011.

**Artículo 8.-** “La publicidad de los alimentos procesados sujetos a registro sanitario deberá ajustarse a su verdadera naturaleza, composición, calidad, origen y cantidad del alimento envasado, de modo tal que se evite toda concepción errónea de sus cualidades o beneficios”.

<sup>270</sup> Reglamento para la Autorización y Control de la Publicidad y Promoción de Alimentos Procesados. Acuerdo Ministerial 40. Registro Oficial 388 de 18 de febrero de 2011.

**Artículo 42.-** “Es responsabilidad del Ministerio de Salud Pública controlar toda forma de publicidad y promoción que atente contra la salud e induzcan comportamientos que la afecten negativamente”.

<sup>271</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

**Art. 364 inciso 2.-** “[...] El Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco”.

que prohíbe todo tipo de publicidad de este tipo de productos,<sup>272</sup> el artículo 49 del Reglamento a la Ley de Radiodifusión y Televisión que restringe el horario en que los spots publicitarios de bebidas alcohólicas pueden ser presentados,<sup>273</sup> o el artículo 39 del Reglamento de bares escolares del Sistema de Educación que prohíbe el expendio y todo tipo de publicidad respecto de bebidas alcohólicas y productos del tabaco.<sup>274</sup> Respecto de los medicamentos; el Ministerio de Salud pública del Ecuador expidió el Reglamento para la publicidad y promoción de medicamentos en general, productos naturales procesados de uso medicinal, medicamentos homeopáticos y dispositivos médicos el que en su artículo 2 determina qué medicamentos estarán sujetos a autorización de publicidad por parte de la Dirección de Control y Mejoramiento en Vigilancia Sanitaria y en su artículo 3 determina que los medicamentos que se expenden bajo receta médica no pueden ser objeto de publicidad.<sup>275</sup>

---

<sup>272</sup> Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco. Registro Oficial 497 de 22 de julio de 2011.

**Artículo 19.-** “Prohibición de publicidad, promoción y patrocinio.- Se prohíbe todo tipo de publicidad, promoción y/o patrocinio de productos de tabaco en todos los medios de comunicación masiva, así como en otros de contacto interpersonal que puedan ser identificados. Esta prohibición incluye al patrocinio de productos de tabaco en actividades deportivas, culturales y artísticas, así como la promoción de programas de responsabilidad social de la industria del tabaco.

La publicidad y promoción de cigarrillos estará permitida únicamente al interior de los lugares donde se comercializa el producto y de acceso exclusivo para mayores de edad y a través de comunicaciones directas por correo electrónico o servicio postal, siempre y cuando el consumidor adulto solicite recibir información por escrito y se compruebe su mayoría de edad”.

<sup>273</sup> Reglamento a la Ley de Radiodifusión y Televisión. Registro Oficial Suplemento 864 de 17 de enero de 1996.

**Artículo 49.-** “Los concesionarios para transmitir comerciales de cigarrillos y bebidas alcohólicas a través de su estación, deben verificar que:

a) La publicidad no esté dirigida directa o indirectamente hacia menores de edad;  
b) No se utilicen imágenes, voces de niños o adolescentes o que simulen ser tales.

La publicidad comercial de estos productos por las estaciones de televisión solo será permitida a partir de las 21h00 y las 06h00 del día siguiente. Se exceptúa la publicidad de transmisiones vía satélite y en vivo y en directo de actos, programas o eventos extranjeros, cuyo horario sea diferente al de Ecuador”:

<sup>274</sup> Reglamento de bares escolares del Sistema de Educación. Registro Oficial Suplemento 343 de 17 de diciembre de 2010.

**Artículo 39.-** “Se prohíbe el expendio y consumo de cigarrillos, productos del tabaco y/o bebidas alcohólicas, así como la publicidad y promoción en general dentro de las instituciones educativas, en cumplimiento de la Ley Orgánica de Salud. No podrán destinarse, bajo ningún concepto, espacios para fumadores, ni aun en actividades sociales, culturales, deportivas y extracurriculares”.

<sup>275</sup> Reglamento para la publicidad y promoción de medicamentos en general, productos naturales procesados de uso medicinal, medicamentos homeopáticos y dispositivos médicos. Acuerdo Ministerial 179. Registro Oficial 416 de 30 de marzo de 2011.

**Artículo 2.-** “La publicidad de: medicamentos en general, productos naturales procesados de uso medicinal, medicamentos homeopáticos y dispositivos médicos dirigida al público en general con el propósito de informar, debe promover el uso racional y manejo adecuado de los productos mencionados. Únicamente serán sujetos de autorización de publicidad los: medicamentos en general, productos naturales procesados de uso medicinal, medicamentos homeopáticos, y dispositivos médicos clasificados según el certificado de registro sanitario como de venta libre, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley Orgánica de Salud”.

Con los antecedentes expuestos, a pesar que el régimen publicitario en el Ecuador es escaso y la exigua regulación se encuentra dispersa en el ordenamiento jurídico; debemos tener en cuenta el precepto constitucional recogido en el artículo 11 numeral 8 de nuestra Constitución que establece:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...]  
8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

Por consiguiente, los derechos derivados del régimen publicitario no pueden ser desconocidos so pretexto de la inexistencia de normativa que la regule; en todo caso, al haber la necesidad social de regular estas situaciones, se debe solicitar el accionar legislativo para que se expida una ley que contemple la regulación publicitaria en el Ecuador.

## **1. Nuevas tendencias regulatorias**

En esta sección se tratará acerca de las nuevas tendencias regulatorias de la publicidad [1.]; en donde se incluye el análisis del derecho vivir en un medio ambiente sano [1.1.] y el derecho a la salud [1.2.] como motivos legítimos para limitar la expresión publicitaria. Se estudiará el régimen legal aplicable a los productos de consumo sensible [1.2.1.], en donde nos enfocaremos en las normas que regulan la comercialización, publicidad, entre otros de productos como el tabaco [1.2.1.1.], los

---

**Artículo. 3.-** “No se autorizará por ningún medio la publicidad de medicamentos en general, productos naturales procesados de uso medicinal, medicamentos homeopáticos, dispositivos médicos, en los siguientes casos:

- a) Aquellos que han sido clasificados por el Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Dr. Leopoldo Izquieta Pérez (INH) como de venta bajo prescripción médica, de conformidad con lo establecido en el certificado de registro sanitario ecuatoriano;
- b) Aquellos medicamentos que contengan sustancias psicotrópicas o estupefacientes; y,
- c) Aquellos que por razones de salud pública, epidemias o emergencias sanitarias sean determinados su uso bajo prescripción médica o se suspenda su uso”.

medicamentos [1.2.1.2.] y el licor [1.2.1.3.] y además, se analizarán los derechos de los consumidores respecto de la publicidad [1.3.].

Para hablar de las nuevas tendencias de la publicidad de finales del siglo XX y principios del siglo XXI, es necesario analizar cómo fue la publicidad en el pasado para entender su evolución; por lo que, el tratadista Raúl Eguizábal Maza respecto del entendimiento de la publicidad moderna nos explica:

Entender la publicidad actual empieza solo en la medida en que admitimos que la publicidad es ante todo y sobre todo un artefacto cuyo objetivo es transformar los bienes económicos en entidades culturales. Solo de esa manera es posible comprender una gran parte de los comportamientos, de las actitudes, de los sentimientos del público ante la publicidad y ante las marcas, los sacrificios de los consumidores para adquirir un coche que está por encima de sus posibilidades o la obsesión por las marcas de muchos jóvenes.<sup>276</sup>

Al observar la publicidad entre los años 50 y 70 nos encontramos con el hecho de que ésta presentaba a los consumidores el funcionamiento de los productos o servicios novedosos en el mercado; es decir que el principal objeto de la publicidad era dar a conocer el producto o servicio y venderlo; sin embargo, llegado el auge de producción masiva, aparecieron en el mercado muchos productos y servicios que cumplen con la misma función; entonces la publicidad mutó para demostrar la especialización y la diferenciación de lo ofertado con lo producido por los competidores.<sup>277</sup>

Esta diferenciación sirve para posicionarse de manera aventajada en el mercado y lograr una mejor percepción de lo ofertado por los posibles consumidores; sin embargo, el funcionamiento de los productos ofertados fue cada vez estandarizándose más; por lo que la publicidad cambió drásticamente y pasó de publicitar el producto y sus cualidades a publicitar la marca.<sup>278</sup>

---

<sup>276</sup> Raúl Eguizábal Maza. “De la publicidad como actividad de producción simbólica”. *Nuevas tendencias en la publicidad del siglo XXI*. López, María Isabel Martín Requero y María Cruz Alvarado (coords.). Sevilla: La Reserva Servicios Editoriales, 2007, pp. 13-35.

<sup>277</sup> *Id.*, p. 31.

<sup>278</sup> Jean-Marc Lehu. “Seamless Brand Integration”. *Óp. cit.*, pp. 34-35.

La publicidad de los años 80 se dedicó a publicitar las marcas, por lo que se consolidó el poder del mercado en la aceptación de la marca que representada a cierto producto o servicio. Por ejemplo, marcas como Nike o Adidas no ofertaban sólo ropa deportiva, sino que gracias a la publicidad de su marca; ofertaban al consumidor nociones de superación, autorrealización, juego y libertad. El célebre slogan publicitario de Adidas “Impossible is nothing” llevó a que los productos de esta marca se venden de manera masiva no solamente por su utilidad, sino por el ideal de consecución de esta máxima publicitada globalmente, por lo que, la publicidad dejó de emitir mensajes informativos y empezó a arraigar la marca en las emociones de los consumidores.<sup>279</sup>

El cambio más reciente de la publicidad está relacionado con la revolución de los medios masivos de comunicación (gráfico, radial o televisivo); es este gran impacto en los medios masivos que ha incitado a expandir el espectro publicitario a otras esferas comunicacionales; por ejemplo la publicidad en Internet a través de los computadores y en los teléfonos móviles.<sup>280</sup>

Sin embargo, en una sociedad globalizada y en constante evolución se seguirán creando medios de comunicación masivos donde se podrá publicitar y llamar la atención del consumidor; por lo que la publicidad siempre será mutable y susceptible a los cambios culturales que estén por venir, situación frente a la cual la legislación deberá ser igualmente dinámica.

### **1.1. El Medio Ambiente**

El derecho ambiental puede definirse como el conjunto de normas que regulan conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los seres vivos.<sup>281</sup> Esta definición de

---

<sup>279</sup> *Id.*, p. 33.

<sup>280</sup> Kam-Hon Lee. “The Informative and Persuasive Functions of Advertising: A Moral Appraisal”. *Journal of Business Ethics* (1997): pp. 55-57.

<sup>281</sup> Miguel Carbonell y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *El Derecho al Medio Ambiente*. México D.F.: Porrúa, 2005, pp. 46-49.

derecho ambiental comprende una visión antropocéntrica respecto del derecho ambiental pues se conceptualiza al ambiente como un bien jurídico protegido frente la visión utilitarista de su consumo indiscriminado.<sup>282</sup>

El derecho a la protección al medio ambiente se encuentra reconocido, entre otros, en el artículo 12 numeral segundo literal b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;<sup>283</sup> en el artículo 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea;<sup>284</sup> en el Principio 1 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo<sup>285</sup> y en el artículo 3 numeral 7 y artículo 83 numeral 13 de la Constitución ecuatoriana.<sup>286</sup>

La visión utilitarista del medio ambiente ha sido superada normativamente; toda vez que se reconoció el desarrollo sustentable y sostenible como máxima a seguir por todos los estados; pues se arguyó que el crecimiento económico se logra a través de la

---

<sup>282</sup> Raquel Gutiérrez Nájera. *Introducción al estudio del Derecho Ambiental*. México D.F.: Porrúa, 2000, p. 53.

<sup>283</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>> (10/02/2012).

**Artículo 12 numeral 2 literal b).-** “2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: [...] b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente”.

<sup>284</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007). Adoptada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007.

Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403ES:PDF>> (12/02/2012).

**Artículo 37.-** “En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”.

<sup>285</sup> Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992). Adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en Río de Janeiro, 14 de junio de 1992.

Disponible en: <[http://www.un.org/esa/dsd/agenda21\\_spanish/res\\_riodecl.shtml](http://www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/res_riodecl.shtml)> (11/02/2012).

**PRINCIPIO 1.-** “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”.

<sup>286</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

**Artículo 3 numeral 7.-** “Son deberes primordiales del Estado: 7. Proteger el patrimonio natural y cultural del país”.

**Artículo 83 numeral 13.-** “Son deberes y responsabilidades de los ecuatorianos: [...]. 13. Conservar el patrimonio cultural y natural del país [...]”.



explotación de recursos de la naturaleza pero tomando en cuenta siempre los factores culturales y de protección del ecosistema.<sup>287</sup>

Es debido a esta nueva visión del desarrollo y la importancia de la preservación del medio ambiente que nuestra Constitución incluso reconoció a la naturaleza como sujeto de derechos; reconociéndole, entre otros, los derechos a ser respetada, preservada y reparada.<sup>288</sup>

Además, la Constitución ecuatoriana, reconoce a las personas los siguientes derechos respecto al medio ambiente: el derecho a vivir en un ambiente sano, libre de contaminación y ecológicamente equilibrado,<sup>289</sup> esto se refiere a la calidad ambiental de nuestros alrededores y el derecho de participación ciudadana ambiental; en donde encontramos el derechos a ser informado sobre decisiones que puedan afectar el ambiente.<sup>290</sup>

---

<sup>287</sup> Josep Vegara. *Introducción al Medio Ambiente y a la sostenibilidad*. Barcelona: Vicens Vives, 2004, pp. 31-35, 40.

<sup>288</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

**Artículo 71 inciso 1.-** “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”.

**Artículo 72 inciso 1.-** “La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados”.

<sup>289</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

**Artículo 14 inciso 1.-** “Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*”.

**Artículo 66 numeral 27.-** “Se reconoce y garantizará a las personas: [...]”

27. El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza”.

**Artículo 83 numeral 6.-** “Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: [...]”

6. Respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible”.

**Artículo 276 numeral 4.-** “El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos: [...]”

4. Recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural”.

<sup>290</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

**Artículo 398.-** “Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.

El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El derecho ambiental incluye un carácter preventivo; el cual es reconocido por la jurisprudencia ecuatoriana en el caso del Parque Nacional Podocarpus, en el que el Tribunal Constitucional manifestó lo siguiente.

Una de las maneras de prevenir la producción del daño es mediante el conocimiento y valoración anticipada de los peligros y riesgos, y este conocimiento y valoración se lleva[n] a cabo mediante la evaluación adelantada de todo aquello que encierra peligros.<sup>291</sup>

Debido a este principio de precaución; el Estado ha debido incursionar en distintas áreas para prevenir los daños ambientales;<sup>292</sup> y como ejemplo podemos advertir las distintas campañas publicitarias que son creadas para comunicar a las personas los riesgos de la contaminación ambiental y sus consecuencias sobre el medio ambiente.<sup>293</sup>

## 1.2. La Salud

El derecho a la salud es un derecho humano que obliga a todos los Estados a crear condiciones en las que todas las personas puedan vivir lo más saludablemente posible.<sup>294</sup> Estas condiciones comprenden que los servicios de salud se encuentren disponibles, que se creen condiciones de trabajo que sean saludables y seguras; que existan disponibles alimentos nutritivos en el territorio donde se habita y que existan condiciones de vida salubres; por lo que el derecho a la salud no se limita al derecho a estar sano y libre de enfermedades, sino que se refiere a una esfera más amplia de autorrealización del ser humano.<sup>295</sup>

---

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley”.

<sup>291</sup> Tribunal Constitucional. *Resolución de la Tercera Sala*. Causa No. 0187-04-R.A. Sentencia de 18 de mayo de 2004. Registro Oficial No. 357 de 16 de junio de 2004.

<sup>292</sup> Norman Myers. *El futuro de la Tierra*. Londres: Gaia Books Ltd., 1992, pp. 55, 59.

<sup>293</sup> José Luis Gordillo. *La protección de los bienes comunes de la humanidad*. Madrid: Trotta, 2006, p. 39.

<sup>294</sup> Marcos Cueto. *El valor de la salud*. Washington D.C.: Organización Panamericana de la Salud, 2004, p. 44.

<sup>295</sup> Banco Mundial. *Informe sobre el desarrollo mundial*. Nueva York: Oxford University Press, 1993, pp. 81-83.

De conformidad con la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), la salud se define como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.<sup>296</sup>

Asimismo, en el preámbulo de la mencionada Constitución de la OMS se establece lo siguiente:

[...] El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. [...]  
La extensión a todos los pueblos de los beneficios de los conocimientos médicos, psicológicos y afines es esencial para alcanzar el más alto grado de salud.  
Una opinión pública bien informada y una cooperación activa por parte del público son de importancia capital para el mejoramiento de la salud del pueblo.  
Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.<sup>297</sup>

El derecho a la salud se encuentra reconocido en el artículo 25 numeral 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos;<sup>298</sup> asimismo, lo reconoce el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;<sup>299</sup> el artículo

---

<sup>296</sup> Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946.

Disponible en: <[http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)> (acceso: 21/07/2012).

<sup>297</sup> Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946.

Disponible en: <[http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)> (acceso: 21/07/2012).

<sup>298</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf>> (13/02/2012).

**Artículo 25 numeral 1.-** “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

<sup>299</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>> (10/02/2012).

**Artículo 12.-** “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del

más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

11 de la Carta Social Europea;<sup>300</sup> el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea;<sup>301</sup> en el artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,<sup>302</sup> el artículo 16 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>303</sup> y en los artículos 3 numeral 1 y 32 de la Constitución ecuatoriana.<sup>304</sup>

- 
- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
  - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
  - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
  - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

<sup>300</sup> Carta Social Europea (1961). Aprobada por el Consejo de Europa en Turín, el 18 de octubre de 1961. Disponible en: <<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CSE/1961-CSE.htm#a18>> (12/02/2012).

**Artículo 11.-** “Derecho a la protección de la salud. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las partes contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines:

1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente.
2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma.
3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras.”

<sup>301</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007). Adoptada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007.

Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403ES:PDF>> (12/02/2012).

**Artículo 35.-** “Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana”.

<sup>302</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá el 2 de mayo de 1948.

Disponible en: <<http://www.cidh.org/basicos/Basicos1.htm>> (11/02/2012).

**Artículo 11.-** “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

<sup>303</sup> Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). Aprobada durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana en Nairobi, Kenia el 27 de julio de 1981.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1297>> (12/02/2012).

**Artículo 16.-** “1. Todo individuo tendrá derecho a disfrutar del mejor estado físico y mental posible.  
2. Los Estados firmantes de la presente Carta tomarán las medidas necesarias para proteger la salud de su pueblo y asegurarse de que reciben asistencia médica cuando están enfermos”.

<sup>304</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

**Artículo 3 numeral 1.-** “Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”.

Es necesario acotar que el derecho a la salud abarca no sólo el derecho a la atención médica, sino también a distintos factores socioeconómicos destinados a promover las condiciones necesarias para que las personas puedan llevar una vida sana.<sup>305</sup>

Todos los Estados deben garantizar el acceso universal y sin discriminación al derecho a la salud y deberán promover políticas públicas y estrategias destinadas a enfrentar las principales preocupaciones en materia de salud de la sociedad.<sup>306</sup>

### **1.2.1. Productos legales de consumo sensible**

Debido a las máximas del derecho a la salud y a un medio ambiente sano antes estudiadas [1.1., 1.2.], los diferentes Estados han empezado a regular las actividades económicas alrededor de ciertos productos que han categorizado como de consumo sensible por parte de la sociedad, estos son los medicamentos, el licor y el tabaco.

Los productos de consumo sensible se caracterizan por encontrarse sometidos a regulaciones legales específicas en un ordenamiento jurídico, estas regulaciones suelen centrarse en reglamentaciones técnicas, sanitarias o publicitarias; pues se tratan de productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas.<sup>307</sup>

---

**Artículo 32.-** “La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional”.

<sup>305</sup> Departamento Canadiense de Salud y Bienestar Nacional. *Nouvelle perspective de la santé des canadiens*. Ottawa: Departamento Canadiense de Salud y Bienestar Nacional, 1974, p. 18.

<sup>306</sup> Abraham Horwitz. “Lo positivo y lo negativo del cuidado de la salud en América Latina”. *Óp. cit.* pp.475- 496.

<sup>307</sup> Organización Mundial del Comercio, *Productos de consumo sensible: Sinopsis de la estimación del consumo interno*. [www.wto.org/spanish/tratop\\_s/agric\\_s/sensprods\\_flowshart\\_s.pdf](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/agric_s/sensprods_flowshart_s.pdf) (acceso: 21/10/2012).

El Artículo 8 de la Ley General de Publicidad española;<sup>308</sup> expresa de manera contundente la regulación de los productos de consumo sensible al establecer las condiciones esenciales respecto de su publicidad:

Art. 8.- [...] 2. Los reglamentos que desarrollen lo dispuesto en el número precedente y aquellos que al regular un producto o servicio contengan normas sobre su publicidad especificarán:

a) La naturaleza y características de los productos, bienes, actividades y servicios cuya publicidad sea objeto de regulación.

Estos reglamentos establecerán la exigencia de que en la publicidad de estos productos se recojan los riesgos derivados, en su caso, de la utilización normal de los mismos.

b) La forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios.

c) Los requisitos de autorización, y, en su caso, registro de la publicidad, cuando haya sido sometida al régimen de autorización administrativa previa.

3. El otorgamiento de autorizaciones habrá de respetar los principios de competencia leal, de modo que no pueda producirse perjuicio de otros competidores.

La denegación de solicitudes de autorización deberá ser motivada.

Una vez vencido el plazo de contestación que las normas especiales establezcan para los expedientes de autorización, se entenderá otorgado el mismo por silencio administrativo positivo.

4. Los productos estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos, destinados al consumo de personas y animales, solamente podrán ser objeto de publicidad en los casos, formas y condiciones establecidos en las normas especiales que los regulen.

Es importante señalar lo establecido en la Ley Orgánica de Salud,<sup>309</sup> la que en su artículo 6 señala las distintas responsabilidades del Ministerio de Salud, entre las cuales se encuentran:

Art. 6.- Es responsabilidad del Ministerio de Salud Pública: [...]

10. Emitir políticas y normas para regular y evitar el consumo del tabaco, bebidas alcohólicas y otras sustancias que afectan la salud; [...]

21. Regular y controlar toda forma de publicidad y promoción que atente contra la salud e induzcan comportamientos que la afecten negativamente;

22. Regular, controlar o prohibir en casos necesarios, en coordinación con otros organismos competentes, la producción, importación, comercialización, publicidad y uso de sustancias tóxicas o peligrosas que constituyan riesgo para la salud de las personas; [...]

Asimismo, en el artículo 38 de esta misma ley se declara como problema de salud pública al consumo de tabaco y al consumo excesivo de bebidas alcohólicas, así

---

<sup>308</sup> Ley General de Publicidad. Ley 34/1988 de 11 de noviembre de 1988. Artículo 3.

Disponible

<<http://recursos.cnice.mec.es/media/publicidad/extras/docente/PDF/Ley%20General%20de%20Publicidad.pdf>> (13/06/2012).

<sup>309</sup> Ley Orgánica de Salud. Registro Oficial Suplemento 423 de 22 de diciembre de 2006.

como al consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, fuera del ámbito terapéutico; recalando su carácter de productos de consumo sensible en el mercado ecuatoriano.

### **1.2.1.1.Tabaco**

El primer producto de consumo sensible a analizar es el tabaco; el cual es uno de los blancos principales de la regulación legal debido a su naturaleza, por muchos, considerada nociva para la salud humana.<sup>310</sup>

De conformidad con la Ley Orgánica de Salud, al referirse a los productos del tabaco, se abarcan a “los productos preparados totalmente o en parte utilizando como materia prima hojas de tabaco y destinados a ser fumados, chupados, inhalados, mascados o utilizados como rapé”.<sup>311</sup>

Con este antecedente, es importante indicar lo determinado en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 364:

Art. 364.- Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales.

El Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco.

Con esta máxima constitucional, ahondaremos en el espíritu de su inclusión; así nos encontramos con la Organización Mundial de la Salud (OMS) la cual es la pionera en la lucha contra el tabaquismo.

---

<sup>310</sup> Organización Mundial de la Salud. *Tabaco*. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs339/es/index.html> (acceso: 30/07/2012).

<sup>311</sup> Ley Orgánica de Salud. Artículo 259. Registro Oficial Suplemento 423 de 22 de diciembre de 2006.

La OMS emitió el Convenio Marco para el Control del Tabaco, el cual es el primer tratado internacional sobre salud pública. Fue aprobado por la Asamblea Mundial de la Salud en mayo de 2003.<sup>312</sup> Más de 160 países, incluido el Ecuador, son parte de este Tratado y en nuestro país entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial No. 382 de 23 de octubre de 2006.

El objetivo de este tratado internacional es prevenir el inicio del consumo de tabaco y promover el dejar de fumar. Las disposiciones del Convenio se encuentran divididas en medidas para reducir la demanda de productos de tabaco y medidas para reducir la oferta de los mismos.<sup>313</sup> Entre las medidas más importantes encontramos las relacionadas con los precios e impuestos; la protección contra la exposición al humo del tabaco, la regulación del contenido de los productos de tabaco, la educación, comunicación, formación y concientización del público consumidor o no; la publicidad del tabaco; las medidas de reducción de demanda y el empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco.<sup>314</sup>

Además de estas consideraciones que se encuentran en el Convenio Marco de la OMS; en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentran otras normas que regulan la publicidad del cigarrillo; así encontramos el Reglamento a la Ley de Radiodifusión y Televisión cuyo artículo 49 determina que para transmitir comerciales de cigarrillos y bebidas alcohólicas a través de su estación, deben verificar que la publicidad no esté dirigida directa o indirectamente hacia menores de edad y que no se utilicen imágenes, voces de niños o adolescentes o que simulen ser tales. Además, señala que la publicidad comercial de estos productos por las estaciones de televisión solo será permitida a partir de las 21h00 y las 06h00 del día siguiente<sup>315</sup>. Esta norma sin embargo, se encontraría

---

<sup>312</sup> Organización Mundial de la Salud. *Convenio Marco para el Control del Tabaco*. Registro Oficial 382 de 26 de octubre de 2006.

<sup>313</sup> Organización Mundial de la Salud. *Convenio Marco para el Control del Tabaco*. Registro Oficial 382 de 26 de octubre de 2006.

<sup>314</sup> Organización Mundial de la Salud. *Directrices sobre el empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco*. [http://www.who.int/fctc/guidelines/article\\_11\\_es.pdf](http://www.who.int/fctc/guidelines/article_11_es.pdf) (acceso: 02/09/2012).

<sup>315</sup> Reglamento a la Ley de Radiodifusión y Televisión. Registro Oficial Suplemento 864 de 17 de enero de 1996.

**Artículo 49.-** “Los concesionarios para transmitir comerciales de cigarrillos y bebidas alcohólicas a través de su estación, deben verificar que:

- a) La publicidad no esté dirigida directa o indirectamente hacia menores de edad;
- b) No se utilicen imágenes, voces de niños o adolescentes o que simulen ser tales.



derogada tácitamente debido a la expedición de la Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco que en su artículo 19 establece:

Art. 19.- Prohibición de publicidad, promoción y patrocinio.- Se prohíbe todo tipo de publicidad, promoción y/o patrocinio de productos de tabaco en todos los medios de comunicación masiva, así como en otros de contacto interpersonal que puedan ser identificados. Esta prohibición incluye al patrocinio de productos de tabaco en actividades deportivas, culturales y artísticas, así como la promoción de programas de responsabilidad social de la industria del tabaco.

La publicidad y promoción de cigarrillos estará permitida únicamente al interior de los lugares donde se comercializa el producto y de acceso exclusivo para mayores de edad y a través de comunicaciones directas por correo electrónico o servicio postal, siempre y cuando el consumidor adulto solicite recibir información por escrito y se compruebe su mayoría de edad.<sup>316</sup>

La Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco tiene por objeto el promover el derecho a la salud de los habitantes de la República del Ecuador, protegiéndolos de las consecuencias del consumo de productos de tabaco y sus efectos nocivos.

De igual forma, encontramos lo establecido en el artículo 9 del Reglamento a la Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco que establece:

Art. 9.- La publicidad de cigarrillos y otros productos de tabaco será permitida exclusivamente en el interior de establecimientos de acceso exclusivo para adultos. En ningún caso la publicidad será vista desde el exterior del establecimiento ni podrá ser exhibida fuera del mismo.

La publicidad en estos locales deberá ocupar un máximo de un metro cuadrado en cualquiera de las superficies internas del local y no podrá hacer referencia a mensajes o imágenes deportivas, artísticas, culturales, de éxito sexual o social, de bienestar o salud, ni podrá estar dirigida, hacer mención o incluir de ninguna manera imágenes de niños, niñas y adolescentes o que simulen serio.

La publicidad y promoción en el exterior o puertas de estos locales, se sancionará de conformidad con la ley.

Las comunicaciones directas a través de correo electrónico o servicio postal para publicidad y promoción de productos de tabaco a personas adultas, deberán realizarse contando con un registro y documentos de sustento que aseguren que las personas receptoras han solicitado por escrito, con su número de cédula de ciudadanía, recibir tal información.

---

La publicidad comercial de estos productos por las estaciones de televisión solo será permitida a partir de las 21h00 y las 06h00 del día siguiente. Se exceptúa la publicidad de transmisiones vía satélite y en vivo y en directo de actos, programas o eventos extranjeros, cuyo horario sea diferente al de Ecuador”:

<sup>316</sup> Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco. Registro Oficial 497 de 22 de julio de 2011.

Será responsabilidad de los productores, importadores y comercializadores, comprobar la mayoría de edad del destinatario de la publicidad y promoción.  
Para la promoción de este tipo de publicidad personal por correo electrónico o servicio postal entre la población adulta, sus registros y documentos de sustento estarán sujetos al control de la autoridad sanitaria.<sup>317</sup>

Estas limitaciones legales establecen un régimen estricto para la publicidad de los productos del tabaco; e incluso se llega a determinar en el artículo 10 de la Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco que se entenderá que los productos de tabaco se promocionan de manera falsa equívoca o engañosa, cuando contengan términos y expresiones tales como "filter plus", "con bajo contenido de alquitrán", "ligeros", "Light", "ultra ligeros", "suaves" u otros parecidos que tengan la misma intención, que insinúen la idea de que unos de estos productos son menos nocivos que otros.

#### **1.2.1.2. Medicamentos**

El artículo 361 de la Constitución de la República del Ecuador establece que el Estado ejercerá la rectoría del sistema de salud a través de la autoridad sanitaria nacional, éste será responsable de formular la política nacional de salud, y normará, regulará y controlará todas las actividades relacionadas con la salud. Con esta máxima constitucional, se desarrolla la responsabilidad del ente rector de la salud, el Ministerio de Salud Pública que, de conformidad con el numeral 21 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Salud<sup>318</sup> es el responsable de regular y controlar toda forma de publicidad y promoción que atente contra la salud e induzcan comportamientos que la afecten negativamente.

Así encontramos el artículo 143 de la ley antes mencionada que dispone lo siguiente:

---

<sup>317</sup> Reglamento a la Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco. Registro Oficial 648 de 27 de febrero de 2012.

<sup>318</sup> Ley Orgánica de Salud. Registro Oficial Suplemento 423 de 22 de diciembre de 2006.

Art. 143.- La publicidad y promoción de los productos sujetos a registro sanitario deberá ajustarse a su verdadera naturaleza, composición, calidad u origen, de modo tal que se evite toda concepción errónea de sus cualidades o beneficios, lo cual será controlado por la autoridad sanitaria nacional.

Se prohíbe la publicidad por cualquier medio de medicamentos sujetos a venta bajo prescripción.

De igual forma, el artículo 16 del Reglamento a la Ley Orgánica de Salud<sup>319</sup> establece que la promoción de los medicamentos debe sustentarse tanto en la información terapéutica aprobada en el Registro Sanitario del producto, como en las evidencias científicas. La empresa responsable de la comercialización debe estar en condiciones de facilitar dichas evidencias científicas a petición de los profesionales de la salud.

Con estos antecedentes, el Ministerio de Salud pública del Ecuador expidió el Reglamento para la publicidad y promoción de medicamentos en general, productos naturales procesados de uso medicinal, medicamentos homeopáticos y dispositivos médicos,<sup>320</sup> el que en su artículo 2 determina qué medicamentos estarán sujetos a autorización de publicidad por parte de la Dirección de Control y Mejoramiento en Vigilancia Sanitaria.

Art. 2.- La publicidad de: medicamentos en general, productos naturales procesados de uso medicinal, medicamentos homeopáticos y dispositivos médicos dirigida al público en general con el propósito de informar, debe promover el uso racional y manejo adecuado de los productos mencionados.

Únicamente serán sujetos de autorización de publicidad los: medicamentos en general, productos naturales procesados de uso medicinal, medicamentos homeopáticos, y dispositivos médicos clasificados según el certificado de registro sanitario como de venta libre, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley Orgánica de Salud.

Adicionalmente, el artículo 3 del mencionado Reglamento dispone:

---

<sup>319</sup> Reglamento a la Ley Orgánica de Salud. Registro Oficial No. 457 de 30 de octubre del 2008.

<sup>320</sup> Reglamento para la publicidad y promoción de medicamentos en general, productos naturales procesados de uso medicinal, medicamentos homeopáticos y dispositivos médicos. Acuerdo Ministerial 179. Registro Oficial 416 de 30 de marzo de 2011.

Art. 3.- No se autorizará por ningún medio la publicidad de medicamentos en general, productos naturales procesados de uso medicinal, medicamentos homeopáticos, dispositivos médicos, en los siguientes casos:

- a) Aquellos que han sido clasificados por el Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Dr. Leopoldo Izquieta Pérez (INH) como de venta bajo prescripción médica, de conformidad con lo establecido en el certificado de registro sanitario ecuatoriano;
- b) Aquellos medicamentos que contengan sustancias psicotrópicas o estupefacientes;
- y,
- c) Aquellos que por razones de salud pública, epidemias o emergencias sanitarias sean determinados su uso bajo prescripción médica o se suspenda su uso.

De las normas analizadas, entendemos que todo medicamento debe obtener un Registro Sanitario para poder comercializarse en el país y que existen dos tipos de medicamentos; los de venta libre y los de venta bajo prescripción médica. Según el artículo 22 del Reglamento para la publicidad y promoción de medicamentos en general, productos naturales procesados de uso medicinal, medicamentos homeopáticos y dispositivos médicos, un medicamento de venta libre es el que por su composición y por la acción farmacológica de sus principios activos, es autorizado para ser expendido o dispensado sin prescripción facultativa; mientras que el medicamento de prescripción médica son los prescritos por un profesional de la salud autorizado, y que se necesita de dicha receta o prescripción médica para el acto de la dispensación o expendio; la misma debe ser suscrita por el profesional de la salud facultado para el efecto, incluyendo el sello con los datos del registro del profesional de la salud en el Ministerio de Salud Pública.

Por tanto, el régimen regulatorio de la publicidad de medicamentos es claro en relación a que los medicamentos de venta libre son los únicos autorizados para poder publicitarse en el Ecuador, siempre que cuenten con la autorización de la Dirección de Control y Mejoramiento en Vigilancia Sanitaria en los términos referidos en el Reglamento para la publicidad y promoción de medicamentos en general, productos naturales procesados de uso medicinal, medicamentos homeopáticos y dispositivos médicos; respecto a los medicamentos de venta bajo prescripción médica, de conformidad con el segundo inciso del artículo 143 de la Ley Orgánica de Salud y el literal a) del artículo 18 del Reglamento para la publicidad y promoción de medicamentos en general, productos naturales procesados de uso medicinal,

medicamentos homeopáticos y dispositivos médicos se determina la prohibición de publicitarse en el país.

### 1.2.1.3. Licor

Como fue citado anteriormente, [1.2.1.1.], la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 364 determina que las adicciones son un problema de salud pública, por lo que al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos; además, en el segundo inciso de este mismo artículo establece que será el Estado quien estará a cargo de controlar y regular la publicidad de alcohol y tabaco.

La Ley Orgánica de Salud en el numeral 10 de su artículo 6 dispone como una de las responsabilidades del Ministerio de Salud Pública el emitir políticas y normas para regular y evitar el consumo del tabaco, bebidas alcohólicas y otras sustancias que afectan la salud;<sup>321</sup> asimismo, esta misma ley en el artículo 38 determina que el consumo excesivo de bebidas alcohólicas es declarado como un problema de salud pública.<sup>322</sup>

Respecto de la publicidad de bebidas alcohólicas el artículo 48 de la Ley Orgánica de Salud establece lo siguiente:

---

<sup>321</sup> Ley Orgánica de Salud. Registro Oficial Suplemento 423 de 22 de diciembre de 2006.

**Artículo 6 numeral 10.-** “Es responsabilidad del Ministerio de Salud Pública: [...] 10. Emitir políticas y normas para regular y evitar el consumo del tabaco, bebidas alcohólicas y otras sustancias que afectan la salud”.

<sup>322</sup> Ley Orgánica de Salud. Registro Oficial Suplemento 423 de 22 de diciembre de 2006.

**Artículo 38.-** “Declárese como problema de salud pública al consumo de tabaco y al consumo excesivo de bebidas alcohólicas, así como al consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, fuera del ámbito terapéutico.

Es responsabilidad de la autoridad sanitaria nacional, en coordinación con otros organismos competentes, adoptar medidas para evitar el consumo del tabaco y de bebidas alcohólicas, en todas sus formas, así como dotar a la población de un ambiente saludable, para promover y apoyar el abandono de estos hábitos perjudiciales para la salud humana, individual y colectiva.

Los servicios de salud ejecutarán acciones de atención integral dirigidas a las personas afectadas por el consumo y exposición al humo del tabaco, el alcoholismo, o por el consumo nocivo de psicotrópicos, estupefacientes y otras sustancias que generan dependencia, orientadas a su recuperación, rehabilitación y reinserción social”.

Art. 48.- La publicidad de bebidas alcohólicas por ningún motivo se vinculará a la salud, al éxito deportivo o a la imagen de la mujer como símbolo sexual. La autoridad sanitaria nacional vigilará y controlará el cumplimiento de esta disposición.

El artículo 49 del Reglamento a la Ley de Radiodifusión y Televisión<sup>323</sup> determina que para transmitir comerciales de bebidas alcohólicas a través de su estación, deben verificar que la publicidad no esté dirigida directa o indirectamente hacia menores de edad y que no se utilicen imágenes, voces de niños o adolescentes o que simulen ser tales. Además, señala que la publicidad comercial de estos productos por las estaciones de televisión solo será permitida a partir de las 21h00 y las 06h00 del día siguiente.

Respecto de la regulación publicitaria de la publicidad del alcohol en otros ordenamientos jurídicos, en Australia, por ejemplo, el 16 de marzo de 2012 se creó una nueva organización denominada “Alcohol Advertising Review Board” que conoce y decide acerca de denuncias realizadas por la comunidad referente a la publicidad del alcohol, basándose en un Código especializado expedido por la misma organización.<sup>324</sup> Asimismo, en Argentina se expidió la Ley No. 24.788<sup>325</sup> que regula la publicidad de las bebidas alcohólicas; de acuerdo con esta ley en su artículo 6 prohíbe que la publicidad de bebidas alcohólicas se dirija a los menores de edad ni que exista participación de este grupo social dentro de ningún tipo de publicidad de estos productos.

Es evidenciado entonces que la regulación publicitaria de las bebidas alcohólicas, no solamente se encuentra desarrollada en el Ecuador, sino en muchos países cuyos Estados poseen como política pública el disuadir a la sociedad respecto del consumo de alcohol; en el Ecuador su consumo excesivo es considerado un problema de salud pública reconocido por la Constitución, la norma de mayor jerarquía del ordenamiento

---

<sup>323</sup> Reglamento a la Ley de Radiodifusión y Televisión. Registro Oficial Suplemento 864 de 17 de enero de 1996.

<sup>324</sup> Lai Lynn Choong y Johan Pietersz. *Guardián de la Publicidad de Alcohol*. [http://www.galamarketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_content&view=article&id=519%3Aaustalia-guardian-de-la-publicidad-de-alcohol&catid=77%3Agala-gazette&Itemid=331](http://www.galamarketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=519%3Aaustalia-guardian-de-la-publicidad-de-alcohol&catid=77%3Agala-gazette&Itemid=331) (acceso: 07/10/2012).

<sup>325</sup> Ley Nacional de Lucha contra el Alcoholismo. Ley No. 24.788 sancionada por el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso el 05 de marzo de 1997. Disponible en: <<http://www.sada.gba.gov.ar/legislacion/nacional/05%20-%20Ley%2024788%20-%20Alcohol%20-%20Lucha%20contra%20el%20alcoholismo.pdf>> (acceso: 21/07/2012).

jurídico de conformidad con el artículo 425 de la Carta Política. Incluso la Organización Mundial de la Salud realizó un estudio donde se demostró que el Ecuador es el segundo país latinoamericano con mayor consumo de bebidas alcohólicas per cápita; ingiriéndose un promedio de 9,4 litros por habitante al año.<sup>326</sup>

### **1.3. Los derechos de los consumidores con respecto a la publicidad**

El derecho al Consumidor es un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos de implementación consagraos por el ordenamiento jurídico a favor del consumidor para garantizar en el mercado una posición igualitaria en sus relaciones con los empresarios.<sup>327</sup>

Esta rama del Derecho nace, se desarrolla y se justifica en la sociedad de consumo pues regula la producción y la comercialización de productos y servicios a través del prisma del consumo y crea derechos para equiparar la posición del consumidor con el ofertante.<sup>328</sup>

Por lo tanto, respondiendo a esta nueva realidad social, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó las Directrices sobre la protección del consumidor, las que en su artículo 3 determinan los derechos de los que gozan los consumidores.<sup>329</sup>

Artículo 3. Las necesidades legítimas que las directrices procuran atender son las siguientes:

- a) La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad;
- b) La promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores;
- c) El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual;

---

<sup>326</sup> Organización Mundial de la Salud. *Estadísticas Sanitarias Mundiales 2012*.

[www.who.int/gho/publications/world.../ES\\_WHS2012\\_Full.pdf](http://www.who.int/gho/publications/world.../ES_WHS2012_Full.pdf) (acceso 07/11/2012).

<sup>327</sup> Thierry Bourgoignie. *Éléments pour une théorie du Droit de la consommation*. Bruselas: E. Story-Scientia, 1988, p. 69.

<sup>328</sup> Thomas Trumphy. "Consumer protection and product liability, Europe and the EEC". *The North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* Vol. 2 No. 1 (1986): pp. 320-336.

<sup>329</sup> Resolución 39/248. Directrices de Naciones Unidas sobre la protección del consumidor, ampliación de las directrices para la protección del consumidor de manera que incluyan directrices sobre modalidades de consumo sostenible. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de abril de 1985. Disponible en: <[http://www.ceadu.org.uy/documentos/Directrices\\_de\\_NU\\_sobre%20Proteccion\\_del\\_Consumidor.pdf](http://www.ceadu.org.uy/documentos/Directrices_de_NU_sobre%20Proteccion_del_Consumidor.pdf)> (acceso: 30/04/2012).

- d) La educación del consumidor; incluida la educación sobre la repercusión ambiental social y económica que tienen las elecciones del consumidor;
- e) La posibilidad de compensación efectiva al consumidor;
- f) La libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten;
- g) La promoción de modalidades sostenibles de consumo.

El derecho establecido en el literal c) del artículo citado, el derecho a tomar decisiones debidamente informadas, ha sido debidamente desarrollado por ser uno de los derechos del consumidor más trascendentes; pues implica el aseguramiento de la protección de la salud y seguridad del consumidor, recibiendo información acerca de la calidad, cualidades y riesgos de los bienes y servicios que se oferten.<sup>330</sup>

El derecho del consumidor a tomar decisiones debidamente informadas se encuentra reconocido en la Constitución de la República del Ecuador; en el numeral 25 del artículo 66, el cual establece lo siguiente:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:  
 25. El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.

Los derechos del consumidor de manera amplia son reconocidos en nuestra Carta Política; así el artículo 52 dispone que las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.<sup>331</sup>

---

<sup>330</sup> U.S. Department of Health & Human Services. *President's Advisory Commission on Consumer Protection and Quality in the Health Care Industry*. <http://www.hhs.gov/ocr/privacy/> (acceso: 02/06/2012).

<sup>331</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11 numeral 6. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

**Artículo 52.-** “Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor”.



Los derechos al consumidor también se desarrollan en la normativa legal; por ejemplo, el artículo 20 de la Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco es claro en prohibir la publicidad engañosa respecto de los productos del tabaco:

Art. 20.- Prohibición de publicidad engañosa.- Se prohíbe que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco, se promocióne a los mismos de manera falsa, equívoca o engañosa, o que induzca a error respecto de sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones.

Se prohíbe, además, el empleo de términos, elementos descriptivos, signos figurativos o de otra clase que tengan por efecto directo o indirecto crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otro.<sup>332</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existe una norma especial que regula todo lo referente al derecho al consumidor, esta es la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor,<sup>333</sup> con su respectivo Reglamento.<sup>334</sup>

El artículo 2 de esta ley establece que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al consumidor, al momento de efectuar la oferta del bien o prestación del servicio la información básica comercial, que consiste en los datos, instructivos, antecedentes, indicaciones o contraindicaciones de determinados productos o servicios.<sup>335</sup>

Asimismo, el artículo 4 de la mencionada ley, en su parte pertinente, reafirma la máxima constitucional que los consumidores deben poder tomar sus decisiones de manera libre y teniendo suficiente información del producto o servicio ofertado:

Art. 4.- Derechos del Consumidor.- [...]

2. Derecho a que proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad; [...]

4. Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren presentar; [...]

---

<sup>332</sup> Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco. Registro Oficial 497 de 22 de julio de 2011.

<sup>333</sup> Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

<sup>334</sup> Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial 287 de 19 de marzo de 2001.

<sup>335</sup> Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

**Artículo 2.-** “[...] Información Básica Comercial.- Consiste en los datos, instructivos, antecedentes, indicaciones o contraindicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al consumidor, al momento de efectuar la oferta del bien o prestación del servicio [...]”.

6. Derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales;
7. Derecho a la educación del consumidor, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada de sus derechos; [...]

Asimismo es necesario acotar que el artículo 2 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor establece que toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, alterar la paz y el orden público o inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva es considerada como publicidad abusiva.<sup>336</sup>

En conclusión, el derecho a tomar decisiones debidamente informadas es un derecho de los consumidores basado en información objetiva, veraz y completa que debe ser proporcionada por los empresarios que pretenden el consumo de sus productos o la elección de sus servicios ofertados.<sup>337</sup>

## **2. Limitaciones a la expresión publicitaria**

Esta sección tratará acerca de las limitaciones de expresiones publicitarias y aquellas prácticas que han generado su implementación, de las cuales se analizarán la publicidad dirigida a menores de edad [2.1.]; el behavioral marketing [2.2.]; la publicidad en redes sociales [2.3.]; el decency [2.4.]; el green marketing [2.5.]; el ambush marketing o targeting [2.6.]; la publicidad comparativa [2.7.] y el empaquetado genérico [2.8.].

Habiendo analizado cómo los Estados han adoptado como políticas públicas la conservación de un medio ambiente sano, la preservación de la salud humana y el respeto de los derechos de los consumidores; se han creado limitaciones a la expresión

---

<sup>336</sup> Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

**Artículo 2.-** “[...]Publicidad Abusiva.- Toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, alterar la paz y el orden público o inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva.

Se considerará también publicidad abusiva toda modalidad de información o comunicación comercial que incluya mensajes subliminales [...]”.

<sup>337</sup> Jean Calais-Auloy. *Driot de la consommation*. París: Dalloz, 1986, p. 19.

publicitaria con el propósito de proteger a los seres humanos y crear consciencia de las consecuencias nocivas que conllevan el realizar cierta actividad o consumir cierto producto.

Además, estas limitaciones a la publicidad también fueron creadas al enfocarse en la protección de grupos vulnerables y susceptibles a los mensajes publicitarios como lo son los niños; y por último, otra motivación para crear estas limitaciones es la evolución constante de la tecnología que crea la necesidad de su regulación para la protección de los derechos de los consumidores como lo es su privacidad.

## **2.1. Publicidad dirigida a menores de edad**

Los menores de edad son un grupo de atención prioritaria según lo establece la Constitución; la que en el inciso primero de su artículo 44 establece que el Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de los niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

El Ecuador ha ratificado la Convención sobre los derechos del niño,<sup>338</sup> la que en el artículo 17 determina:

Art. 17.- Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:

- a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;
- b) Promoverán la cooperación internacional en la protección, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;
- c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;
- d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;

---

<sup>338</sup> Convención sobre los derechos del niño. Registro Oficial Suplemento No. 153 de 25 de noviembre de 2005.

e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

Gracias a la libertad de información existente en la sociedad, el consumidor está cada vez más informado y preparado para analizar el mensaje publicitario; sin embargo, los anuncios no pueden ser iguales pues sus destinatarios pertenecen a distintos grupos sociales; y algunos como los menores de edad, requieren de una protección especial; con estos antecedentes, nos damos cuenta que un importante grupo de consumidores son menores de edad a quienes se les puede influenciar a través de la publicidad porque son un grupo social que está recién formando sus opiniones y por tanto pueden ser moldeados con facilidad.<sup>339</sup>

El artículo 2 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor determina que es publicidad abusiva la que es capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes.<sup>340</sup>

Un spot publicitario dirigido a un menor de edad debe respetar su inherente inocencia, credulidad e inexperiencia; no deberá ofender su moral ni implicar una noción de inferioridad en el menor que no consuma el producto ofertado.<sup>341</sup>

En octubre de 2006, la “Advertising Standards Board” de Australia conoció una denuncia realizada al amparo del Código para Publicitar a los niños de la Asociación Australiana de Publicistas Nacionales, respecto de un anuncio de televisión de la

---

<sup>339</sup> José Manuel Esteve. *Influencia de la publicidad en televisión sobre los niños*. Madrid: Narcea, 1983, pp. 56-58.

<sup>340</sup> Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

**Artículo 2.-** “[...]Publicidad Abusiva.- Toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, alterar la paz y el orden público o inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva.

Se considerará también publicidad abusiva toda modalidad de información o comunicación comercial que incluya mensajes subliminales [...]”.

<sup>341</sup> Catharine Fishel. *Designing for Children, marketing design that speaks to kids*. Gloucester: Rockport Publishers, 2001, pp. 34-37.

empresa Blink Mobile que publicitaba tonos para teléfonos móviles;<sup>342</sup> el spot publicitario decía lo siguiente:

Cool! Fool your parents and teachers with this unique silent ringtone (sound indicator bars shown on screen but no actual sound). This ringtone is so high pitched adults cannot hear it!<sup>343</sup>

La “Advertising Standards Board”, decidió que este anuncio publicitario contravenía lo establecido en el Código para publicitar a los niños antes mencionado pues este spot publicitario socavaba la responsabilidad y el juicio razonable de los padres o de las personas encargadas del cuidado de los menores de edad.<sup>344</sup>

Por tanto, la publicidad a menores de edad debe enmarcarse preponderantemente en el principio de veracidad, pues al tratarse de un grupo vulnerable de la sociedad es necesario que toda publicidad que pueda dirigirse a ellos no sea en absoluto engañosa, abusiva ni atente contra su moral.<sup>345</sup>

## 2.2. Publicidad en redes sociales, el behavioral marketing o targeting

El internet es una inmensa trama pública de redes de computadoras que vincula a usuarios de todo tipo en todo el mundo entre sí con un depósito de información asombrosamente grande. El internet constituye una gran autopista de información que puede transmitir bits a velocidades increíbles de un lugar a otro. Hoy en día el internet vincula a personas y negocios de todo tipo entre sí con información de todo el mundo y con acceso casi completamente irrestricto.<sup>346</sup>

---

<sup>342</sup> Kieran Gamble. *Advertising Standards Board (ASB) Upholds First Complaint under the Australian Association of National Advertisers' (AANA) Code for Advertising to Children*. [http://www.galamarketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_content&view=article&id=119&Itemid=119](http://www.galamarketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=119&Itemid=119) (acceso: 16/06/2012).

<sup>343</sup> “¡Genial! Engañe a sus padres y maestros con este tono único silencioso (barras indicadoras de sonido que aparecen en pantalla, pero no hay sonido real). Posee un tono tan alto que los adultos no lo pueden oír” (traducción libre). Kieran Gamble. *Advertising Standards Board (ASB) Upholds First Complaint under the Australian Association of National Advertisers' (AANA) Code for Advertising to Children*. *Óp. cit.*, p. 1.

<sup>344</sup> *Ibíd.*

<sup>345</sup> José Manuel Esteve. *Influencia de la publicidad en televisión sobre los niños*. *Óp. cit.* pp. 40-42.

<sup>346</sup> Jim Ring. *La publicidad a debate*. *Óp. cit.* p. 67.

El uso del internet creció drásticamente en la década de los noventa con el desarrollo de la “World Wide Web”; ahora la conexión con el consumidor se realiza de manera virtual; por lo que la mayoría de mercadólogos se han dado cuenta de que no quieren conectarse con cualquier cliente y comenzaron por dirigirse a un número reducido de consumidores más rentables.<sup>347</sup>

Inclusive, los consumidores se están conectando de nuevas maneras para formar “comunidades de consumidores” en las que los compradores se relacionan entre sí con base a intereses, situaciones y actividades en común; esto ha provocado la fragmentación de los mercados; por ello, las empresas han abandonado el marketing masivo a favor del marketing segmentado donde utilizan la publicidad dirigida a un grupo de consumidores determinado y en ciertas páginas web donde el grupo de consumidores se relacionan.<sup>348</sup>

Estas nuevas tendencias aportaron a la creación de una nueva de publicidad denominada behavioral marketing; esta limitación a la expresión publicitaria se define como una forma de obtener el comportamiento de navegación en la red de un usuario para con ello crear un perfil de preferencias de sitios en los cuales navega y la frecuencia en los que ingresa a estos, para lograr crear un *target* de posibles publicidades que le serían de interés.<sup>349</sup>

En los Estados Unidos, en julio de 2009, la “American Association of Advertising Agencies”, la “Association of National Advertisers” la “Direct Marketing Association” y el “Interactive Advertising Bureau” expidieron los “Self-regulatory principles for online behavioral advertising” con el objeto de proteger la privacidad de los

---

<sup>347</sup> *Ibíd.*

<sup>348</sup> Abraham Pizam y Youcheng Wang. *Destination marketing and management theories and applications*. Óp. cit. p. 134.

<sup>349</sup> Corina Parashiv y Sarah Spiekermann,. *Motivating Human-Agent Interaction: Transferring insights from Behavioral Marketing*. Óp. cit. p. 255.

consumidores en relación a la información personal recopilada en las páginas de internet que visitan y respecto de los anuncios publicitarios que se despliegan en las mismas.<sup>350</sup>

De conformidad con estos principios, los medios interactivos y sitios web deberán informar a los navegadores de las páginas web sobre las prácticas de recolección de datos y permitirles ejercer un control respecto de los mismos.<sup>351</sup>

Esta regulación se implementó debida a la existencia de la exportación de bases de datos, realizada indiscriminadamente por los empresarios y dueños de páginas web; ya que estas bases estaban repletas de información personal de los navegadores web que eran vendidos a las empresas para que puedan “personalizar masivamente” la publicidad; es por esto que en el perfil individual de Facebook o MySpace un estudiante universitario encontraría publicidad de centros de entretenimiento nocturno o cursos de educación continua.<sup>352</sup>

La normativa que pretende regular el behavioral marketing tiende a extender la protección de los datos personales que el navegador de una página web incluye en ella, para que el uso que se hagan de estos se lo realice, en su mayoría, con el consentimiento expreso del individuo.

### **2.3. Decency**

Los empresarios buscan maneras de entregar más valor a los consumidores, por lo que están empezando a evaluar detenidamente el valor de los clientes para la empresa; ellos quieren conectarse únicamente con consumidores a los que puedan servir de manera rentable, una vez que identifican a los clientes rentables, las empresas crean

---

<sup>350</sup> Self-regulatory principles for online behavioral advertising. Adoptados en julio de 2009 por la “American Association of Advertising Agencies”, la “Association of National Advertisers” la “Direct Marketing Association” y el “Interactive Advertising Bureau”.

Disponible en: <<http://www.iab.net/media/file/ven-principles-07-01-09.pdf>> (acceso: 21/07/2012).

<sup>351</sup> *Ibíd.*

<sup>352</sup> Abraham Pizam y Youcheng Wang. *Destination marketing and management theories and applications*. *Óp. cit.* p. 136.

ofertas atractivas y un manejo especial de la publicidad para capturar a estos consumidores y conquistar su lealtad.<sup>353</sup>

Sin embargo, existen anunciantes que pretenden atraer inescrupulosamente a posibles consumidores; utilizando imágenes impresionantes, llenas de violencia o explotando estereotipos; es por esto que se tornó trascendente el definir que todo acto de expresión publicitaria se encuentra subsumido a un estándar de decencia.<sup>354</sup>

En el Reino Unido, podemos encontrar el “Code of Non-broadcast Advertising, Sales Promotion and Direct Marketing”,<sup>355</sup> abreviado como “CAP Code”, el cual fue emitido por la “Advertising Standards Authority” y el “Committee of Advertising Practice”, que son las instituciones creadas para monitorear el cumplimiento de las normas expedidas para el control de la publicidad.

El Principio 4 del “CAP Code” determina que los anunciantes siempre deben tener en consideración la prevalencia de los estándares de la sociedad y el contexto en el que la publicidad será presentada para así minimizar los riesgos de causar perjuicios u ofender a los espectadores.

Dentro de este enunciado general, el “CAP Code” presenta reglas específicas para desarrollar el Principio 4, entre ellas encontramos las siguientes:

Principle 4: [...]

4.1 Marketing communications must not contain anything that is likely to cause serious or widespread offence. Particular care must be taken to avoid causing offence on the grounds of race, religion, gender, sexual orientation, disability or age.

Compliance will be judged on the context, medium, audience, product and prevailing standards.

---

<sup>353</sup> Rick Brooks. “Unequal Treatment: Alienating Customers isn't always a bad idea, many firms discover”. *Wall Street Journal* (1999): pp. 1-28.

<sup>354</sup> Jean J. Boddewyn. “Controlling Sex and Decency in Advertising around the world”. *Journal of Advertising* Vol. 20 No. 4 (1991): pp- 25-35.

<sup>355</sup> Code of Non-broadcast Advertising, Sales Promotion and Direct Marketing. Expedido por la Advertising Standards Authority y el Committee of Advertising Practice en 2010. Disponible en: <[http://www.cap.org.uk/Advertising-Codes/~media/Files/CAP/Codes%20CAP%20pdf/CAP%20Code%209%20oct%2012\(1\).ashx](http://www.cap.org.uk/Advertising-Codes/~media/Files/CAP/Codes%20CAP%20pdf/CAP%20Code%209%20oct%2012(1).ashx)> (acceso: 11/07/2012).



Marketing communications may be distasteful without necessarily breaching this rule. Marketers are urged to consider public sensitivities before using potentially offensive material [...].

4.4 Marketing communications must contain nothing that is likely to condone or encourage violence or anti-social behaviour.<sup>356</sup>

Los temas a considerar por parte de los anunciantes en relación a la decencia de su publicidad son: religión, estereotipos de género, raza y grupos minoritarios, sexo y preferencias sexuales y violencia.<sup>357</sup>

En relación al respeto de las creencias religiosas de los espectadores; podemos citar el caso de un periódico local de Malasia llamado “Makkal Osai”, el cual fue investigado por las autoridades malayas después de que publicó una imagen que representaba a Jesús sosteniendo una lata de cerveza y un cigarrillo encendido. Posteriormente, el periódico emitió una disculpa formal y removió dicha imagen.<sup>358</sup>

Asimismo, en relación a los estereotipos sociales que la publicidad debe tratar de evitar; encontramos el caso de la expedición de la Ley de Limitación de Peso en la Industria del Modelaje promulgada por el parlamento israelí y que entrará en vigencia en enero de 2013; esta ley fue creada para contrarrestar el arquetipo de belleza de modelos anoréxicos; pues prohíbe anuncios publicitarios que muestren modelos (hombres o mujeres) que tengan bajo peso de conformidad con las fórmulas de medición establecidas en la ley.<sup>359</sup>

Otro ejemplo nos presenta una decisión de la “Advertising Standards Authority” (ASA) del Reino Unido en el caso de una publicidad de la revista PC Pro donde se

---

<sup>356</sup> “Principio 4: [...] 4.1. Comunicaciones de marketing no deben contener nada que probablemente cause ofensa grave o generalizada. Se debe tomar especial cuidado para evitar causar ofensa por motivos de raza, religión, género, orientación sexual, discapacidad o edad. Este cumplimiento será juzgado por el contexto, el medio, el público, el producto y las normas vigentes. Las comunicaciones de marketing pueden ser de mal gusto sin necesariamente violar este Principio. A los anunciantes se les insta a tener en cuenta las sensibilidades públicas antes de usar material potencialmente ofensivo [...]. 4.4 Comunicaciones de marketing no deben contener nada que pueda tolerar o fomentar conductas violencia o antisociales” (traducción libre). *Ibid.*

<sup>357</sup> Dominic Farnsworth. *Decency in Advertising*. <http://www.lewissilkin.com> (acceso: 27/04/2012).

<sup>358</sup> Patrick Mirandah. *Imagen de Jesús sosteniendo un cerveza y un cigarrillo causa indignación*. [http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_content&view=article&id=418&Itemid=458](http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=418&Itemid=458) (acceso: 13/05/2012).

<sup>359</sup> David Wolberg Kuperschmit. *No más modelos israelíes anoréxicos*. [http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_content&view=article&id=522%3Aisrael-no-mas-modelos-israelies-anorexi%20cos&catid=77%3Agala-gazette&Itemid=331](http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=522%3Aisrael-no-mas-modelos-israelies-anorexi%20cos&catid=77%3Agala-gazette&Itemid=331) (acceso: 01/09/2012).

incluía el texto “Obligada a Servir” y mostraba a una mujer en ropa interior usando una máscara de rodillas; la ASA dictaminó que esta imagen en yuxtaposición con el texto es ofensivo pues muestra a las mujeres de manera degradante.<sup>360</sup>

En referencia a temas raciales y de grupos minoritarios, un ejemplo claro de limitación a la publicidad se dio con un spot publicitario televisivo de la empresa de chicles Trident; la que en 2007, emitió una publicidad en Reino Unido donde se mostraba a una persona afroamericana con acento caribeño expresando una exagerada reacción positiva al probar esta marca de chicles; el ASA dictaminó que los anunciantes deberían ser más asertivos al utilizar el humor basado en acentos de un determinado grupo humano en su publicidad, ya que esta publicidad puede ser percibida como condescendiente o degradante a estos grupos humanos.<sup>361</sup>

Además, en relación a temas de exagerada sexualidad encontramos el caso de la publicidad del automóvil Hyundai Santa Fe emitida en toda Europa occidental en octubre de 2012, este spot publicitario “retrata a las mujeres que, deslumbradas por el confort del auto, gimen de manera provocativa hasta llegar al éxtasis”.<sup>362</sup> Esta publicidad si bien es bastante reciente, ha suscitado gran controversia; por lo que es necesario continuar con su seguimiento para poder conocer su destino y si será retirado del mercado o no.

Con estos antecedentes, en relación a esta limitación al discurso publicitario, siempre se deberá tomar en consideración las particularidades y sensibilidad del posible espectador junto con los valores sociales y morales de la sociedad a quien está dirigida la publicidad.

## 2.4. Green Marketing

---

<sup>360</sup> Dominic Farnsworth. *Decency in Advertising*. *Óp. cit.* p. 1.

<sup>361</sup> Dominic Farnsworth. *Decency in Advertising*. *Óp. cit.* p. 1.

<sup>362</sup> Recombu. *Hyundai Santa Fe convierte a las mujeres en zombis sexuales en una nueva publicidad en Europa*. <http://recombu.com/cars/articles/news/hyundai-santa-fe-turns-women-to-sex-zombies-in-new-european-ad> (acceso: 08/11/2012).

Según los tratadistas Hennison y Kinnear, el proceso de gestión publicitaria integral y responsable basada en identificar, anticipar y satisfacer las necesidades de los clientes y la sociedad, de una manera rentable y sostenible se conoce como green marketing o marketing ecológico.<sup>363</sup>

Las raíces de esta tendencia regulatoria se remontan a la ola de preocupación ambiental de la década de 1970 la cual se refería en gran medida a los sectores que producían los impactos ambientales más graves, y fue plasmado con el desarrollo de nuevas tecnologías para contrarrestar determinados problemas ambientales.<sup>364</sup>

En la Constitución de la República del Ecuador, el inciso segundo del artículo 14 y el artículo 400 declaran de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país y la recuperación de los espacios naturales degradados. Asimismo, el numeral segundo del artículo 397 de la Constitución de la República establece lo siguiente:

Art. 397.- [...] Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a: [...]  
2. Establecer mecanismos efectivos de prevención y control de la contaminación ambiental, de recuperación de espacios naturales degradados y de manejo sustentable de los recursos naturales.

Una importante norma referente al green marketing es la ISO 14021 que determina cómo una compañía puede dar a conocer que protege el medio ambiente a través de una etiqueta ecológica colocada en sus productos. Esta norma dispone que las etiquetas pueden ser de varias formas, como etiquetas de paquetes, símbolos gráficos, declaraciones, literatura, boletines técnicos, anuncios, declaraciones publicitarias y otros instrumentos de marketing.<sup>365</sup>

La ISO 14021 permite que en las etiquetas de productos se utilicen declaraciones específicas y verificables respecto de la calidad de los productos ofertados; los términos

---

<sup>363</sup> Michael Baker y Susan Hart. *The Marketing Book*. Óp. cit. p. 29.

<sup>364</sup> *Ibíd.*

<sup>365</sup> Richard B. Clementes. *Guía completa de las normas ISO 14000*. Barcelona: Ediciones Gestión 2000 S.A., 1997, pp. 133-134.

aceptados son los siguientes: reciclable, material reciclado, energía recuperada, reutilizable o recargable, susceptible de ser descompuesto en abono, conserva o ahorra energía, conserva o ahorra agua; reduce la utilización de recursos, degradable o biodegradable o fotodegradable, e incluso puede contar con la aprobación de un grupo en particular o apoyo de una causa medioambiental.<sup>366</sup>

El principal objetivo de la norma es contribuir a la protección del medio ambiente y su finalidad solamente puede conseguirse informando mejor a los consumidores sobre el impacto ambiental de los productos ofertados para que puedan realizar elecciones con conocimiento suficiente de los productos ofertados.

En el Ecuador, la norma ISO 14021 se encuentra vigente, pues el Instituto Ecuatoriano de Normalización ratificó su aplicación dentro de nuestro territorio mediante Acuerdo No. 134-2008 de 27 de enero de 2009.<sup>367</sup> En su artículo primero este acuerdo establece la aplicabilidad de esta norma:

Art. 1.- Oficializar con el carácter de VOLUNTARIA la Norma Técnica Ecuatoriana NTE INEN-ISO 14021 (Etiquetas y declaraciones ambientales - Autodeclaraciones ambientales (Etiquetado ambiental Tipo II), que especifica los requisitos para las autodeclaraciones ambientales, incluyendo enunciados, símbolos y gráficos con relación a productos. [...] Esta norma no excluye, anula, o modifica de alguna manera, la información, declaraciones o etiquetado, relativo al medio ambiente o algún otro requisito legal aplicable.

Con este antecedente, observamos que para usar las etiquetas ambientales los productos o servicios deberán acreditar evidencia científica, competente y confiable que apoye dichas afirmaciones ambientales.<sup>368</sup>

Cabe notar las acciones de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos que investigó el anuncio de la “Mejor Arena para Gatos del Mundo” de Kent Nutrition Group, Inc; la investigación versaba en comprobar si la afirmación de Kent de que la Mejor Arena para Gatos del Mundo era biodegradable estaba comprobada

---

<sup>366</sup> *Ibíd.*

<sup>367</sup> Acuerdo No. 134-2008. Registro Oficial No. 539 de 03 de marzo de 2009.

<sup>368</sup> Peter LeGuay & Holly Gay. *ACCC continues to pursue green claims*. [http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_content&view=article&id=183:australiaa-ccc-continues-to-pursue-green-claims&catid=86:asia-a-pacific&Itemid=86](http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=183:australiaa-ccc-continues-to-pursue-green-claims&catid=86:asia-a-pacific&Itemid=86) (acceso: 12/10/2012).

científicamente; la Comisión descubrió que no existía comprobación científica de que la “Mejor Arena para Gatos del Mundo” de Kent era biodegradable, por lo que este producto no podía contener la etiqueta verde.<sup>369</sup>

## 2.5. Ambush Marketing

Esta práctica publicitaria describe la asociación desautorizada de un negocio, su nombre, marca, productos o servicios en un evento deportivo u otro tipo de competencias en las cuales el anunciante no es un patrocinador oficial.<sup>370</sup>

Según el tratadista Steve McKelvey, el ambush marketing puede definirse de la siguiente forma:

A company's intentional efforts to weaken its competitor's official sponsorship. It does this by engaging in promotions and advertising that trade off the event or property's goodwill and reputation, and that seek to confuse the buying public as to which companies really hold official sponsorship rights.<sup>371</sup>

La razón de ser del ambush marketing es el evitar la inversión inicial del patrocinio oficial; mientras al mismo tiempo se obtiene los beneficios y el prestigio del evento al cual se está aproximando.<sup>372</sup>

La compra de la publicidad alrededor del evento deportivo es una de las tácticas más populares utilizadas en el ambush marketing.<sup>373</sup> Otras de las tácticas que se han utilizado

---

<sup>369</sup> Jeffrey Greenbaum, Shelly Paioff y Terri Seligman. *La FTC concluye investigación sobre afirmaciones de mercadeo ambiental hechas en publicidad de arena para gatos*. [http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_content&view=article&id=464&Itemid=516](http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=464&Itemid=516) (acceso: 30/01/2012).

<sup>370</sup> Nuno Pires de Carvalho. *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*. La Haya: Kluwer Law International, 2011, p. 51.

<sup>371</sup> “Los esfuerzos de una compañía para debilitar el patrocinio oficial de su competidor. Esto lo realiza mediante promociones y publicidad que se benefician de la buena fe y reputación del evento y que buscan confundir al consumidor respecto de qué compañías en verdad poseen los derechos de patrocinio oficial” (traducción libre). Steve McKelvey. “Sans legal restraint, no stopping brand, creative ambush marketers”. *Brandweek* Vol. 35 No. 24 (1994): pp. 20-26.

<sup>372</sup> José Piñeiro Salguero y Antoni Rubí Puig. *Ambush marketing en eventos deportivos*. *Óp. cit.* p. 36.

<sup>373</sup> Denise Doust. “The ethics of ambush marketing”. *Cyber-Journal of Sport Marketing* Vol. 1 No. 3 (1998): pp. 110-125.

son los banners expuestos por un avión sobre el cielo raso de un estadio mientras el evento está tomando lugar; otras son el asegurarse de rentar vallas publicitarias en los alrededores de la competencia, el distribuir muestras de los productos o volantes a los consumidores que asisten al evento; todas estas tácticas están diseñadas para generar una asociación implícita con el evento.<sup>374</sup>

Uno de los eventos deportivos con mayores índices de ambush marketing es la Copa Mundial de Fútbol; a principios de junio en Brasil, sede de la Copa Mundial en el 2014, se expidió la ley 12,663/2012 denominada la “Ley de la Copa Mundial”, esta ley otorga amplios beneficios a los patrocinadores oficiales de la FIFA respecto de su publicidad en este impresionante evento.<sup>375</sup>

En referencia a la propiedad intelectual, han existido extensas críticas a esta ley debido a los privilegios que le otorgan a la FIFA; por ejemplo se obliga al Instituto Nacional Brasileiro de la Propiedad Industrial a registrar las marcas de la FIFA de oficio; sin embargo, esta disposición legal es común para repeler al ambush marketing; así se puede recalcar a la ley de Protección de Indicaciones e Imágenes de Sidney de 1996, para la protección de las marcas de los patrocinadores de los Juegos Olímpicos de 2000; la ley de Gestión de Eventos Importantes de 2007, para la Copa Mundial de Rugby de 2011; la ley de Juegos Olímpicos y Paraolímpicos de Londres de 2006 para los Juegos Olímpicos y Paraolímpicos de 2012.<sup>376</sup>

Todas estas leyes tienen la finalidad de proteger los derechos exclusivos de los organizadores y patrocinadores evitando el ambush marketing;<sup>377</sup> y, en especial la ley de la Copa Mundial de Brasil crea restricciones comerciales en las áreas circundantes a los estadios y caminos de acceso regulando de manera restrictiva la grabación y transmisión

---

<sup>374</sup> Tony Meenaghan. “Ambush Marketing: A Threat to Corporate Sponsorship?”. *Sloan Management Review* Vol. 38 No.1 (1996): pp. 103-113.

<sup>375</sup> Fábio Pereira y Rafael Vazquez. *La ley de la Copa Mundial*. [http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_content&view=article&id=539:brasil-la-ley-de-la-copa-mundial&catid=77:gala-gazette&Itemid=628](http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=539:brasil-la-ley-de-la-copa-mundial&catid=77:gala-gazette&Itemid=628) (acceso: 21/08/2012).

<sup>376</sup> *Ibíd.*

<sup>377</sup> Andrew Shell. “Ambush Marketers will win no medals”. *Public Relations Journal* Vol. 50 (1994): pp. 11-20.

de imágenes de partidos y eventos relacionados sin autorización de los organizadores oficiales ni de sus patrocinadores.<sup>378</sup>

## 2.6. Publicidad comparativa

La publicidad comparativa consiste en cotejar el producto o servicio con el de la competencia; este tipo de publicidad está permitida a menos que sea engañosa respecto de las cualidades del producto o servicio de la competencia o asimile características de éstos.<sup>379</sup>

Por lo general, la doctrina ha establecido que la publicidad comparativa es legal siempre que cumpla con los siguientes requisitos: que no sea engañosa o que induzca a error en el consumidor; que se refiera a aspectos comparables anunciando las diferencias de manera objetiva, que sea veraz, no denigrante ni emocional y que no sea mostrada en los lugares de expendio al consumidor final; que no se utilice la imagen corporativa de la competencia de manera injustificada y que los productos sean comparables.<sup>380</sup>

Este tipo de publicidad es permitida mientras cumpla con las directrices que la ley determine; así encontramos su reconocimiento en el derecho comunitario europeo, en la Directiva 2006/114/CE que en su artículo 1 establece que tiene por objeto “proteger a los comerciantes contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas y establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa”.<sup>381</sup>

---

<sup>378</sup> Fábio Pereira & Rafael Vazquez. *La ley de la Copa Mundial*. Óp. cit. p.1.

<sup>379</sup> Gabriel Stiglitz. *Defensa de los consumidores de productos y servicios*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2001, pp. 143, 160.

<sup>380</sup> María Cristina Guerra. *Publicidad comparativa ¿sin competencia desleal?*  
<http://www.falconipuig.com/cyberlex/tag/publicidad-comparativa/> (acceso: 09/11/2012).

<sup>381</sup> Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Adoptada por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea el 12 de diciembre de 2006  
Disponible: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006L0114:ES:NOT>>  
(13/05/2012).

El literal c) del artículo 2 de la directiva mencionada define a la publicidad comparativa como “toda publicidad que alude explícitamente o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor”.<sup>382</sup>

Cabe notar que la publicidad comparativa necesita poseer ciertas características para poder ser legal, de otro modo recaería en la categoría de publicidad engañosa. Por tanto, encontramos el artículo 4 de la Directiva 2006/114/CE, el cual establece:

#### Artículo 4

La publicidad comparativa, en lo que se refiere a la comparación, estará permitida cuando cumpla las siguientes condiciones:

- a) Que no sea engañosa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2, apartado b, el artículo 3 y el artículo 8, apartado 1, de la presente Directiva y en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales) [7];
- b) Que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad;
- c) Que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio;
- d) Que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor;
- e) Que se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación;
- f) Que no obtenga indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores;
- g) Que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos;
- h) Que no dé lugar a confusión entre los comerciantes, entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor.

Habiendo expuesto las condiciones para que una publicidad sea comparativa; podemos concluir que la comparación efectuada deberá ser objetiva respecto del material, habilidad, verificación y elección justa de las características de bienes y servicios de la competencia

---

<sup>382</sup> Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Artículo 1. Adoptada por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea el 12 de diciembre de 2006  
Disponible: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006L0114:ES:NOT>>  
(13/05/2012).



Asimismo, encontramos el artículo 6 bis de la Ley General de Publicidad española,<sup>383</sup> que en relación de la publicidad comparativa determina lo siguiente:

Artículo 6 bis

1. A los efectos de esta Ley, será publicidad comparativa la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él.
2. La comparación estará permitida si cumple los siguientes requisitos:
  - a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades.
  - b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio.
  - c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación.
  - d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.
  - e) Si la comparación hace referencia a una oferta especial se indicará su fecha de inicio, si no hubiera comenzado aún, y la de su terminación.
  - f) No podrá sacarse una ventaja indebida de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, ni de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas, denominaciones específicas o especialidades tradicionales garantizadas que amparen productos competidores. Tampoco podrá sacarse una ventaja indebida, en su caso, del método de producción ecológica de los productos competidores [...].

En el Ecuador, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado permite la publicidad comparativa y la regula en su artículo 27 en los siguientes términos:

Art. 27.- Prácticas Desleales.- Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes:

- 5.- Actos de comparación.- Se considera desleal la comparación de la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, inclusive en publicidad comparativa, cuando dicha comparación se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables.<sup>384</sup>

---

<sup>383</sup> Ley General de Publicidad. Ley 34/1988 de 11 de noviembre de 1988. Artículo 6.

Disponible

<<http://recursos.cnice.mec.es/media/publicidad/extras/docente/PDF/Ley%20General%20de%20Publicidad.pdf>> (13/06/2012).

en:

<sup>384</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Por el contrario, en el artículo 11 literal j) del Reglamento para la Autorización y Control de la Publicidad y Promoción de Alimentos Procesados se prohíbe toda comparación de productos dentro de su ámbito de aplicación.<sup>385</sup>

La razón de que la publicidad comparativa generalmente no se encuentre prohibida es porque esta puede estimular la competencia entre los proveedores de bienes y servicios en beneficio del consumidor.<sup>386</sup> Por lo expuesto, si bien esta publicidad le facilita al público una serie de información adicional, es necesario evitar que esta sea engañosa, denigratoria o subjetiva ya que esto podría perturbar el mercado y confundir al público.<sup>387</sup>

## 2.7. Empaquetado genérico

El empaquetado genérico es la última limitación publicitaria que se va a abordar; en términos generales, este tipo de empaquetado se refiere al diseño de empaques donde se excluyen las marcas y solo varía la identificación del tipo de producto.<sup>388</sup>

Los empaques genéricos se caracterizan por la remoción de todos los aspectos atractivos que los empaques distintivos poseían; además, tales empaques se encuentran estandarizados tanto en color, tamaño, materiales, métodos de apertura y en aquellos casos que lo permiten, en cuanto a la localización de la marca.<sup>389</sup>

En las últimas tres décadas se ha generado la idea de crear empaques genéricos para ciertos productos de consumo masivo; una de las razones imperantes para crear esta

---

<sup>385</sup> Reglamento para la Autorización y Control de la Publicidad y Promoción de Alimentos Procesados. Acuerdo Ministerial 40. Registro Oficial 388 de 18 de febrero de 2011.

**Artículo 11 literal j).**- “En materia de publicidad de alimentos procesados se prohíbe: [...]”

j) Realizar comparaciones entre productos [...]”.

<sup>386</sup> Beatriz Patiño Alves. *La licitud o ilicitud de la publicidad comparativa*. <http://www.beatrizpatino.com/n-7-la-licitud-o-ilicitud-de-la-publicidad-comparativa> (acceso: 10/0772012).

<sup>387</sup> Roland Canu y Franck Cochoy. “La publicité comparative, ou comment se faire justice à soi-même en passant par le droit”. *Revue française de sociologie* Vol. 47 No. 1 (2006): pp. 81-115.

<sup>388</sup> Theodore Brown y Elizabeth Fee. “Why history?” *American Journal of Public Health* (1997): pp. 1763-1764.

<sup>389</sup> Janice Kirkpatrick. *Packaging*. San Luis: Art Blume, 2009, pp. 142-148.

estandarización fue en relación a la preservación del medio ambiente; pues se pensó que al regular la producción de un empaque estándar con materiales biodegradables y tinta no tóxica; se restaría impacto en el medio ambiente.<sup>390</sup>

Sin embargo, la idea del empaquetado genérico llegó más lejos; y se lo ideó como una manera de controlar la publicidad desplegada en los empaques; así, nos encontramos con el concepto del empaquetado genérico a implementarse en todos los productos del tabaco; el cual, llega al punto de en ciertos casos, pretender eliminar las marcas y logotipos del productor so pretexto de reducir, a través de imágenes impactantes y mensajes anti-tabaco, el consumo de este producto en la sociedad.<sup>391</sup>

Con estos antecedentes podemos adentrarnos en el estudio específico del empaquetado genérico de productos del tabaco que se abordará en el siguiente capítulo.

---

<sup>390</sup> Rob Cunningham y Ken Kyle. "The case for plain packaging". *Tobacco Control* Vol. 4 No. 1 (1995): pp. 80-86.

<sup>391</sup> Marvin Goldber. "The effect of plain packaging on response to health warnings". *American Journal of Public Health* Vo. 4 No. 2 (1999): pp. 15-22.

### CAPÍTULO 3. EMPAQUETADO GENÉRICO DE PRODUCTOS DEL TABACO

Este capítulo estudiará el empaquetado genérico de los productos del tabaco; el objeto de su creación como una limitación publicitaria [1.]; las características de los empaques junto con las imágenes de advertencia instauradas por el Ministerio de Salud Pública del Ecuador [2.] y el análisis de los empaques genéricos aprobados por las autoridades competentes en el país donde se ha aprobado la aplicación de esta medida [3.]. Asimismo, se estudiará la legalidad, legitimidad, necesidad y proporcionalidad de la medida del empaquetado genérico a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano [4.].

#### 1. Objeto de creación

El empaquetado de todo tipo de productos evolucionó en una industria durante el siglo XX, toda vez que asumió un papel trascendental en los procesos de mercadotecnia constituyéndose en el íntimo socio de la publicidad; en efecto, los empaques se convirtieron en el foco principal de mucha publicidad de productos de venta en autoservicios y en escaparates de tiendas.<sup>392</sup>

Los empaques dejaron de ser solamente los contenedores de productos; y se convirtieron en el arma definitiva en la lucha competitiva por el mercado y el dinero del consumidor<sup>393</sup>. Así, Barry Katz, indica lo siguiente:

[...] packaging is 'a form of communication, a process of argument and persuasion that makes use not of words but of things [...] ultimately concerned with implementing new competing strategies to attain the consumers attention.'<sup>394</sup>

Ahora, tratando acerca del tema de productos del tabaco; es necesario indicar que para contrarrestar el consumo de estos productos, la OMS expidió el Convenio Marco

---

<sup>392</sup> Glenn Porter. "Cultural Forces and Commercial Constraints: Designing Packaging in the Twentieth-Century United States". *Journal of Design History of Oxford University* Vol. 12, No. 1 (1999): pp. 25-43.

<sup>393</sup> *Ibíd.*

<sup>394</sup> "Los empaques son una forma de comunicación, un proceso argumentativo y persuasivo que no hace uso de palabras sino de cosas [...] interesado en última instancia en implementar nuevas estrategias competitivas para atraer la atención de los consumidores" (traducción libre). Barry M. Katz. "Technology and design: a new agenda". *Technology and Culture* Vol. 38, No. 2 (1997): pp. 452-466.

para el Control del Tabaco el cual exige que los Estados signatarios prohíban toda forma de publicidad y promoción del tabaco. Ante estas restricciones, los empaques se han convertido en el vehículo promocional clave para la industria del tabaco para los fumadores y los fumadores potenciales.<sup>395</sup>

Con estos antecedentes, y denotando la importancia de los empaques como herramienta publicitaria; los productores de tabaco pusieron énfasis en el empaquetado de sus productos, pues, al encontrarse prohibidas otras formas de publicidad de los tabacos, los empaques se convirtieron en su único medio para publicitar su marca.<sup>396</sup> Por ejemplo, las empresas British American Tobacco y Philip Morris anunciaron que en miras a los cambios legislativos por venir, los empaques serán los únicos que podrán mostrar la imagen de su marca.<sup>397</sup>

Los empaques diferencian la procedencia empresarial de los productos, éstos transmiten la identidad de la marca a través de logotipos, colores, tipos de letra, imágenes, materiales de embalaje y formas de empaque. La marca de cigarrillos más popular del mundo, Marlboro, puede ser fácilmente identificada a través de su icónica esterilla roja.; esta marca se estima en un valor de 27 billones de dólares, convirtiéndose en la décima más valiosa marca en el mundo.<sup>398</sup>

La utilidad de los empaques es expresada claramente por el tratadista inglés Andrew Palmer, quien en su obra “*The Product. Principles of Marketing*” nos expone:

A product package is the communication life-blood of the company, is the silent salesman that reaches out to customers, and that packaging acts as a promotional tool in its own right interacting face to face with the consumer.<sup>399</sup>

---

<sup>395</sup> Simon Chapman, Becky Freeman y Matthew Rimmer. “The case for the plain packaging of tobacco products”. *Reports on Industry Activity from Outside UCSF, Center for Tobacco Control Research and Education, UC San Francisco* (2007): pp. 1-23.

<sup>396</sup> Scott Crosby. “The new Tobacco Control Directive: an illiberal and illegal disdain for the law”. *European Law Review* No. 10 (2002): pp. 20-27.

<sup>397</sup> Arnold Cork. “A matter of image”. *World Tobacco* (2004): pp. 2-19.

<sup>398</sup> Brandon Anon. *The US dominates the BrandFinance250 – a comprehensive index of the world’s most valuable brands*. London: Brand Finance, 2007, pp. 56-60.

<sup>399</sup> “El empaque de un producto es la sangre vital de la comunicación de la empresa, es el vendedor silencioso que llega a los clientes, y este empaque actúa como una herramienta de promoción en su propio derecho interactuando cara a cara con el consumidor” (traducción libre) .Andrew Palmer. *The Product. Principles of Marketing*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 215-238.

El empaquetado genérico de productos de tabaco son empaques sin logos ni cualquier aditamento que denote una marca específica, este tipo de empaque requiere la eliminación de todos los colores, imágenes, logotipos y marcas, permitiendo a los fabricantes imprimir solamente el nombre de la marca en un tamaño, tipo de letra y lugar determinado por la ley; el resto del empaque constará de advertencias sanitarias y otros datos requeridos por mandato legal,<sup>400</sup> y en ciertos casos el empaquetado genérico puede prescindir de la presencia de la marca y permitir sólo la mención del fabricante.<sup>401</sup>

Asimismo, la implementación del empaquetado genérico establecerá obligatoriamente una textura de cartón estándar, el tamaño, la forma del paquete; la envoltura de celofán y se regulará la forma de empaquetado para evitar diferencias; además abarcará al interior del empaque y el mismo cigarrillo, impidiendo el potencial de los fabricantes a utilizar colores, marcas, distintas longitudes y calibres para diferenciarlos o hacerlos más atractivos; con estas indicaciones, el empaquetado genérico pretende estandarizar de manera absoluta la apariencia de todos los empaques y de todos los productos de tabaco, reduciendo así su atractivo.<sup>402</sup>

## **2. Características de los empaques en Ecuador**

Una de las funciones del empaquetado genérico es el mejorar la visibilidad de las advertencias sanitarias al remover otros mensajes, logos y gráficos que compiten por la atención del consumidor.<sup>403</sup>

---

<sup>400</sup> Organización Mundial de la Salud. *Diez datos sobre la epidemia de tabaquismo y el control mundial del tabaco*. Ginebra: OMS, 2008, p. 1.

<sup>401</sup> Scott Crosby. "The new Tobacco Control Directive: an illiberal and illegal disdain for the law". *Óp. cit.* p. 24.

<sup>402</sup> Christophe Hillion. "Tobacco Advertising: If You Must, You May". *The Cambridge Law Journal* No. 31 (2001): p. 22-34.

<sup>403</sup> Beede P. Lawson. "The effect of plain packages on the perception of cigarette health warnings". *American Journal of Public Health* Vol. 1 No. 3 (1992): pp. 9-17.

El Convenio Marco para el Control del Tabaco respecto del empaquetado de los tabacos establece:

Art. 11.- Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco

1. Cada parte, dentro de un periodo de tres años a partir de la entrada en vigor del convenio para esa parte, adoptará y aplicará, de conformidad con su legislación nacional, medidas eficaces para conseguir lo siguiente:

a) Que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco no se promocióne un producto de tabaco de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones, y no se empleen términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros, por ejemplo expresiones tales como "con bajo contenido de alquitrán", "ligeros", "ultra ligeros" o "suaves"; y,

b) Que en todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos figuren también advertencias sanitarias que describan los efectos nocivos del consumo de tabaco, y que puedan incluirse otros mensajes apropiados. Dichas advertencias y mensajes:

i) serán aprobados por las autoridades nacionales competentes;

ii) serán rotativos;

iii) serán grandes, claros, visibles y legibles;

iv) Deberían ocupar el 50% o más de las superficies principales expuestas y en ningún caso menos del 30% de las superficies principales expuestas; y,

v) Podrán consistir en imágenes o pictogramas, o incluirlos.

2. Todos los paquetes y envases de productos de tabaco y todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos, además de las advertencias especificadas en el párrafo 1(b) de este artículo, contendrán información sobre los componentes pertinentes de los productos de tabaco y de sus emisiones de conformidad con lo definido por las autoridades nacionales.

3. Cada parte exigirá que las advertencias y la información textual especificadas en los párrafos 1(b) y 2 del presente artículo figuren en todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos en su idioma o idiomas principales.

4. A efectos del presente artículo, la expresión "empaquetado y etiquetado externos" en relación con los productos de tabaco se aplica a todo envasado y etiquetado utilizados en la venta al por menor del producto.<sup>404</sup>

Este artículo establece como una obligación de los Estados signatarios el establecimiento de medidas concernientes a los empaques de productos del tabaco; y, respecto del empaquetado; no menciona que éste deba ser genérico, sino que se determina la necesidad y la proporción en que los mensajes de advertencias sanitarias deben ser implementados en los empaques; además, prohíbe en su literal a) que se empleen términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos

---

<sup>404</sup> Organización Mundial de la Salud. *Convenio Marco para el Control del Tabaco*. Registro Oficial 382 de 26 de octubre de 2006.

figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros.

El Ecuador, al haber ratificado este Convenio Marco se obligó a modificar su legislación interna para concordarla con lo establecido en este instrumento internacional; por lo que el 22 de julio de 2011 en el Registro Oficial 497 se publicó la Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco.<sup>405</sup>

La mencionada Ley en su artículo 19 prohíbe todo tipo de publicidad, promoción y/o patrocinio de productos de tabaco en todos los medios de comunicación masiva, así como en otros de contacto interpersonal que puedan ser identificados. Esta prohibición incluye al patrocinio de productos de tabaco en actividades deportivas, culturales y artísticas, así como la promoción de programas de responsabilidad social de la industria del tabaco. Además, establece que la publicidad y promoción de cigarrillos estará permitida únicamente al interior de los lugares donde se comercializa el producto y de acceso exclusivo para mayores de edad y a través de comunicaciones directas por correo electrónico o servicio postal, siempre y cuando el consumidor adulto solicite recibir esta información y se compruebe su mayoría de edad.

Respecto de las características de los empaques de productos del tabaco, dicha Ley en el artículo 18 dispone lo siguiente:

Art. 18.- Del empaquetado y etiquetado.- En los empaquetados y etiquetados externos de los productos de tabaco, que se expendan dentro del territorio nacional, deberán figurar leyendas y pictogramas o imágenes de advertencia que muestren los efectos nocivos del consumo de los mismos, sujetándose a las siguientes disposiciones:

- a. Las advertencias serán elaboradas y aprobadas por la Autoridad Sanitaria Nacional;
- b. Se imprimirán en forma rotatoria y rotativamente cada año directamente en los empaques;
- c. Serán de alto impacto preventivo, claras, visibles, legibles y no deberán ser obstruidas por ningún medio;
- d. Incluirán pictogramas y mensajes relativos a los efectos nocivos del tabaco, deberán ocupar el sesenta por ciento (60%) de las caras principales, y se ubicarán en la parte inferior de cada cara;
- e. La información sanitaria deberá ser impresa directamente en el empaque, ocupando el setenta (70%) de una de las caras laterales;

---

<sup>405</sup> Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco. Registro Oficial 497 de 22 de julio de 2011.



- f. La información sobre los componentes y emisiones del tabaco será únicamente cualitativa;
- g. Se prohíbe el empaquetado en presentaciones menores a diez unidades. En caso de otros productos del tabaco, el empaque no deberá contener menos de diez gramos; y,
- h. Tanto las leyendas de advertencia como la información textual deberá constar en idioma castellano.

Este artículo guarda relación con lo establecido en el artículo 11 del Convenio Marco para el Control del Tabaco donde se establecen las proporciones que deben considerar las advertencias sanitarias en los empaques de productos del tabaco.

Con este antecedente legal, cabe indicar que en marzo del 2012 el Ministerio de Salud Pública del Ecuador expidió el Acuerdo No. 00000407 donde se aprueba la primera ronda de seis advertencias sanitarias para las cajetillas y otros envases y empaques de productos de tabaco que rige desde el 22 de julio del 2012 hasta el 22 de julio del 2013<sup>406</sup>, estas advertencias deberán ser implementadas en todas los empaques de productos del tabaco que pretendan comercializarse dentro del territorio ecuatoriano y, de conformidad con el anexo al mencionado Acuerdo Ministerial, son mostradas a continuación:



407

409



408



<sup>406</sup> Acuerdo Ministerial No. 00000407 expedido por el Ministerio de Salud Pública. Registro Oficial No. 671 de 28 de marzo de 2012.

<sup>407</sup> Ministerio de Salud Pública del Ecuador. *Nuevas advertencias en cajetillas de cigarrillos buscan precautelar la salud*. <http://instituciones.msp.gob.ec/misalud/index.php?option=comcontent&view=article&id=675:nuevas-advertencias-en-cajetillas-de-cigarrillos-buscan-precautelar-la-salud&catid=51:mi-salud-al-dia&Itemid=242> (acceso: 27/07/2012).

<sup>408</sup> *Ibíd.*

<sup>409</sup> *Ibíd.*



410

412



411



Dando cumplimiento a lo establecido en los numerales cuatro y siete del artículo 4 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor<sup>413</sup> y de conformidad con la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco; a partir del 15 de julio del 2012 no podrán circular en el territorio ecuatoriano productos de tabaco sin las advertencias sanitarias elaboradas y aprobadas por la autoridad sanitaria nacional.<sup>414</sup> Por lo que, al haber sido aprobados los seis modelos por el Ministerio de Salud Pública, en el Ecuador se comercializan los productos del tabaco, desde el pasado julio, en empaques con tales advertencias; así incluimos tres ejemplos de cajetillas de cigarrillos que se encuentran acorde con la normativa vigente:

<sup>410</sup> *Ibíd.*

<sup>411</sup> *Ibíd.*

<sup>412</sup> *Ibíd.*

<sup>413</sup> Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

**Artículo 4 numerales 4 y 7.-** “Derechos del Consumidor.- 4. Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren presentar; [...] 7. Derecho a la educación del consumidor, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada de sus derechos”.

<sup>414</sup> Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco. Registro Oficial 497 de 22 de julio de 2011.



415



416



417

Por lo expuesto, tanto el Convenio Marco para el Control del Tabaco como la Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco determinan los parámetros a seguir por los productores de productos del tabaco para la creación de empaques; como las advertencias sanitarias obligatorias en las proporciones indicadas. Sin embargo, no se encuentra en la normativa citada una indicación que implemente la creación de un empaquetado genérico en el cual las empresas tabacaleras necesariamente deban sumirse.

### 3. Empaquetado genérico en productos del tabaco

Teniendo en cuenta las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud establecidas en el Convenio Marco para el Control del Tabaco, el 06 de julio de 2011 el Gobierno Australiano introdujo en el Parlamento el Proyecto de la “Tobacco Plain Packaging Bill”, para reglamentar la implementación del empaquetado genérico de productos del tabaco.<sup>418</sup>

<sup>415</sup> Cajetilla de Cigarrillos de Marca Marlboro. Parte frontal.

<sup>416</sup> *Ibíd.*

<sup>417</sup> *Ibíd.*

<sup>418</sup> Catherine Chant y Peter LeGuay. *Proyecto de ley de empaquetado genérico de tabaco - Política de Salud versus Derechos de Propiedad Intelectual.* [http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_content&view=article&id=400&Itemid=436](http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=400&Itemid=436) (acceso: 14/09/2012).

El 01 de enero de 2012 el Parlamento australiano aprobó dicha Ley y en ella se reglamentó que el empaque debería ser de color marrón opaco con gran visualización de las advertencias de salud y debiendo incluirse el nombre de la marca en un tamaño, color, posición y estilo muy específicos, con un tipo de letra estándar y prescindiendo de todo diseño o color propio de la marca. Aparte de las advertencias de salud y otros requerimientos legislativos, no se deberán usar marcas comerciales en los empaques de tabacos o en los cigarrillos; esto para evitar su uso como distracciones a las advertencias de salud; además, el nombre de la marca sin aditamentos de diseño o colores, podrá aparecer hasta tres veces en total: una vez en la superficie exterior frontal, una vez en la superficie superior y una vez en la superficie inferior del empaque.<sup>419</sup>

La “Tobacco Plain Packaging Bill” establece que la violación de las disposiciones de empaquetado genérico mediante la venta, suministro, fabricación, empaque y/o compra de productos infractores conllevará, entre otros, responsabilidad penal, se determina la aplicación de multas de hasta \$220.000,00 dólares australianos para personas naturales y \$1,1 millones de dólares australianos para personas jurídicas.<sup>420</sup>

Para estos empaques genéricos aprobados por el Gobierno de Australia a la luz de la “Tobacco Plain Packaging Bill”, existen catorce imágenes y advertencias distintas; aquí encontraremos algunos de sus diseños:

|

---

<sup>419</sup> *Ibíd.*

<sup>420</sup> *Ibíd.*

Parte Frontal



421

Parte Posterior



422

Parte Frontal



423

Parte Posterior



424

<sup>421</sup> Australian Government, Department of Health and Ageing. *New tobacco graphic health warnings*. <http://www.yourhealth.gov.au/internet/yourhealth/publishing.nsf/Content/tobacco-label-images> (acceso: 10/09/2012).

<sup>422</sup> *Ibíd.*

<sup>423</sup> *Ibíd.*

<sup>424</sup> *Ibíd.*

## Parte Frontal



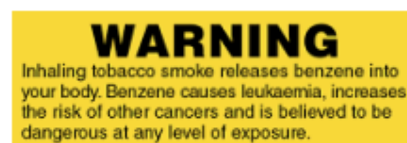
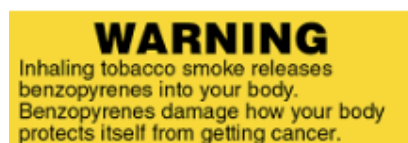
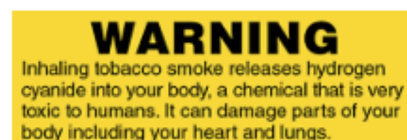
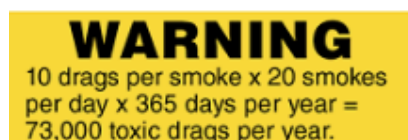
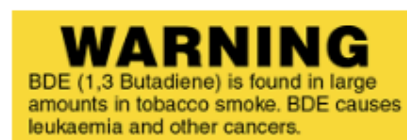
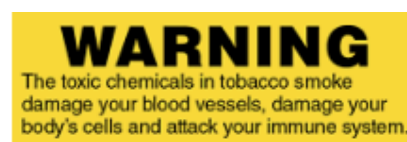
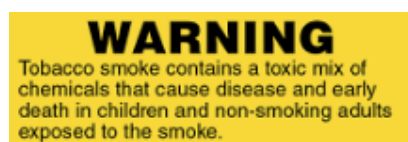
425

## Parte Posterior



426

Asimismo, en las áreas laterales del empaque se deberán incluir una serie de advertencias escritas respecto a los peligros de fumar. Han sido aprobadas trece advertencias y entre ellas se encuentran:



427

El ordenamiento jurídico australiano es el único en el mundo que ha regulado y ha establecido como mandatorio la utilización de empaques genéricos para productos del

<sup>425</sup> *Ibíd.*

<sup>426</sup> *Ibíd.*

<sup>427</sup> *Ibíd.*

tabaco. Aquellos empaques genéricos aprobados por el gobierno australiano no permiten que las empresas productoras de tabaco empleen sus marcas propiamente como tales; sino que se puede indicar el nombre de la marca en el tamaño, diseño y tipo de letra que la legislación determina.

#### **4. Análisis de la inclusión de la medida de empaquetado genérico en el ordenamiento jurídico ecuatoriano**

El presente análisis se realizará en cuatro acápites; primero refiriéndose a la legalidad de la medida; luego acerca de la legitimidad y necesidad de su implementación y por último el carácter proporcional en relación con los derechos fundamentales que el empaquetado genérico coartaría. Para ello, se considerará que la legalidad se refiere a lo mandado por una ley conforme a su letra o espíritu;<sup>428</sup> la legitimidad será considerada como la conformidad con un interés público imperativo.<sup>429</sup> La necesidad se define como la debida atención a las exigencias sociales en un caso concreto<sup>430</sup> y la proporcionalidad versará respecto de la trascendencia de la aplicación de la medida respecto de las posibles afectaciones a ciertos derechos fundamentales.<sup>431</sup>

Asimismo, se analizará la implementación del empaquetado genérico a la luz de los cuatro estándares que deberían cumplir las limitaciones al discurso publicitario establecidos en el caso *Metromedia, Inc. c. San Diego* decidido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.<sup>432</sup>

---

<sup>428</sup> Marco Gerardo Monroy Cabra. *Introducción al Derecho*. Bogotá: Temis, 2003, pp. 164-165.

<sup>429</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Claude Reyes y otros c. Chile*. Serie C No. 151. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

<sup>430</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Claude Herrera Ulloa c. Costa Rica*. Sentencia de 02 de julio de 2004.

<sup>431</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Claude Reyes y otros c. Chile*. Serie C No. 151. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

<sup>432</sup> “Adoptamos una prueba de cuatro partes para determinar la validez de las restricciones gubernamentales hacia el discurso comercial distinguiéndolo de los discursos completamente protegidos. (1) La Primera Enmienda protege el discurso comercial solo si ese discurso se refiere a una actividad legal y no es engañoso. Una restricción en un discurso comercial protegido sólo es válida si (2) busca implementar un interés gubernamental sustancial, (3) directamente avanza hacia ese interés, y (4) no abarca más allá de lo necesario para lograr el objetivo dado” (traducción libre). Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso Metromedia, Inc. c. San Diego*. Sentencia No. 453 U.S. 490 de 2 de julio de 1981.

#### 4.1. Legalidad

Respecto de la legalidad de la implementación del empaquetado genérico de productos del tabaco; podemos observar que el segundo inciso del artículo 364 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce el deber del Estado de controlar y regular la publicidad del tabaco.<sup>433</sup> Asimismo, el artículo 11 literal a) del Convenio Marco para el Control del Tabaco respecto del empaquetado de los tabacos establece lo siguiente:

Art. 11.- Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco  
[...] a) Que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco no se promocióne un producto de tabaco de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones, y no se empleen términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros, por ejemplo expresiones tales como "con bajo contenido de alquitrán", "ligeros", "ultra ligeros" o "suaves"; [...]<sup>434</sup>

Ambas normas podrían constituir la base legal para que el Estado implemente el uso del empaquetado genérico mediante la expedición de una ley, toda vez que dichas normas lo facultan para controlar la publicidad de los productos del tabaco y restringir el empleo de marcas en sus empaques. Sin embargo; respecto del literal a) del artículo 11 del Convenio Marco para el Control del Tabaco, cuando se refiere a la prohibición del uso de “términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase” en los empaques; se está refiriendo solamente cuando su uso tiene el efecto de crear una falsa impresión de que el producto es menos nocivo que otro.

Además, es importante recalcar que en el Convenio Marco para el Control del Tabaco no existe una referencia explícita en referencia a los empaques como una forma de publicidad del tabaco; por lo que se puede entender que la prohibición de publicitar

---

<sup>433</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

**Artículo 364 inciso 2.-** “[...] El Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco”.

<sup>434</sup> Organización Mundial de la Salud. *Convenio Marco para el Control del Tabaco*. Registro Oficial 382 de 26 de octubre de 2006.



los productos del tabaco no incluye a sus empaques; por lo que no existe una disposición legal que prohíba que las marcas y logotipos de las empresas sean colocados en tales empaques.

Es necesario mencionar que la Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco que en su artículo 19 prohíbe todo tipo de publicidad de los productos del tabaco en todos los medios de comunicación masiva<sup>435</sup>; este artículo, sin embargo, no dispone nada acerca de implementar un empaque genérico.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la regulación vigente acerca del empaquetado de productos del tabaco abarca la obligación de incluir las imágenes aprobadas por el Ministerio de Salud en el Acuerdo No. 00000407 en la proporción que demanda el artículo 18 de la Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco. En los literales d) y e) del mencionado artículo se determina que cada empaque de cigarrillos deberá incluir pictogramas y mensajes relativos a los efectos nocivos del tabaco, deberán ocupar el sesenta por ciento (60%) de las caras principales, y se ubicarán en la parte inferior de cada cara y la información sanitaria deberá ser impresa directamente en el empaque, ocupando el setenta (70%) de una de las caras laterales. Estos requisitos concuerdan con lo establecido en el artículo 11 del Convenio Marco para el Control del Tabaco<sup>436</sup>, por lo que el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentra armonizado con lo dispuesto en el mencionado tratado internacional.

---

<sup>435</sup> Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco. Registro Oficial 497 de 22 de julio de 2011.

**Artículo 19.-** “Prohibición de publicidad, promoción y patrocinio.- Se prohíbe todo tipo de publicidad, promoción y/o patrocinio de productos de tabaco en todos los medios de comunicación masiva, así como en otros de contacto interpersonal que puedan ser identificados. Esta prohibición incluye al patrocinio de productos de tabaco en actividades deportivas, culturales y artísticas, así como la promoción de programas de responsabilidad social de la industria del tabaco.

La publicidad y promoción de cigarrillos estará permitida únicamente al interior de los lugares donde se comercializa el producto y de acceso exclusivo para mayores de edad y a través de comunicaciones directas por correo electrónico o servicio postal, siempre y cuando el consumidor adulto solicite recibir información por escrito y se compruebe su mayoría de edad”.

<sup>436</sup> Organización Mundial de la Salud. *Convenio Marco para el Control del Tabaco*. Registro Oficial 382 de 26 de octubre de 2006.

**Artículo 11.-** “Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco

1. Cada parte, dentro de un periodo de tres años a partir de la entrada en vigor del convenio para esa parte, adoptará y aplicará, de conformidad con su legislación nacional, medidas eficaces para conseguir lo siguiente:

a) Que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco no se promocióne un producto de tabaco de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones, y no se empleen términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o

Es evidente que tanto la letra de la ley como el espíritu del legislador no pretendieron que se “borre” del empaque las marcas de los productores de tabacos; sino que se plasmen las advertencias sanitarias necesarias para que el consumidor tenga conocimiento de ellas. Si bien puede considerarse que en virtud del inciso segundo del artículo 364 de la Constitución de la República<sup>437</sup>, la medida del empaquetado genérico gozaría de legalidad, persiste el cuestionamiento respecto de los derechos del consumidor a recibir la información completa<sup>438</sup> y al derecho de propiedad<sup>439</sup> que podrían verse afectados.

---

de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros, por ejemplo expresiones tales como "con bajo contenido de alquitrán", "ligeros", "ultra ligeros" o "suaves"; y,

b) Que en todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos figuren también advertencias sanitarias que describan los efectos nocivos del consumo de tabaco, y que puedan incluirse otros mensajes apropiados. Dichas advertencias y mensajes:

i) serán aprobados por las autoridades nacionales competentes;

ii) serán rotativos;

iii) serán grandes, claros, visibles y legibles;

iv) Deberían ocupar el 50% o más de las superficies principales expuestas y en ningún caso menos del 30% de las superficies principales expuestas; y,

v) Podrán consistir en imágenes o pictogramas, o incluirlos.

2. Todos los paquetes y envases de productos de tabaco y todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos, además de las advertencias especificadas en el párrafo 1(b) de este artículo, contendrán información sobre los componentes pertinentes de los productos de tabaco y de sus emisiones de conformidad con lo definido por las autoridades nacionales.

3. Cada parte exigirá que las advertencias y la información textual especificadas en los párrafos 1(b) y 2 del presente artículo figuren en todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos en su idioma o idiomas principales.

4. A efectos del presente artículo, la expresión "empaquetado y etiquetado externos" en relación con los productos de tabaco se aplica a todo envasado y etiquetado utilizados en la venta al por menor del producto”.

<sup>437</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

**Artículo 364 inciso 2.-** “[...] El Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco”.

<sup>438</sup> Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

**Artículo 4 numeral 4.-** “Derechos del Consumidor.- [...] 4. Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren presentar”.

<sup>439</sup> Alcance al Protocolo de Adhesión del Ecuador a la Organización Mundial del Comercio: Anexo 1C: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Aprobado el 27 de septiembre de 1995 en Ginebra, Suiza. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 977 de 28 de junio de 1996.

**Art. 20.-** “No se complicará injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales, como por ejemplo el uso con otra marca de fábrica o de comercio, el uso en una forma especial o el uso de una manera que menoscabe la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Esa disposición no impedirá la exigencia de que la marca que identifique a la empresa productora de los bienes o servicios sea usada juntamente, pero no vinculadamente, con la marca que distinga los bienes o servicios específicos en cuestión de esa empresa”.

## 4.2. Legitimidad

En referencia a la legitimidad de la implementación del empaquetado genérico de los productos del tabaco, esta limitación publicitaria nace debido a la política pública de preservación de la salud de los seres humanos que pretendía implementarse a través de la ratificación del Convenio Marco para el Control del Tabaco<sup>440</sup>. El derecho a la salud es un derecho humano que obliga a todos los Estados a crear condiciones en las que todas las personas puedan vivir lo más saludablemente posible.<sup>441</sup>

En relación a la importancia de la actuación de los Estados en la preservación de la salud; el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud establece:

[...] El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. [...]

Una opinión pública bien informada y una cooperación activa por parte del público son de importancia capital para el mejoramiento de la salud del pueblo.

Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.<sup>442</sup>

Todos los Estados deben promover políticas públicas y estrategias destinadas a enfrentar las principales preocupaciones en materia de salud de la sociedad.<sup>443</sup> Por lo que, siendo el derecho a la salud un derecho humano que obliga a todos los Estados a crear condiciones en las que todas las personas puedan vivir lo más saludablemente posible;<sup>444</sup> el empleo del empaquetado genérico pretendería la reducción de la población de fumadores.

---

<sup>440</sup> Organización Mundial de la Salud. *Convenio Marco para el Control del Tabaco*. Registro Oficial 382 de 26 de octubre de 2006.

**Artículo 1 inciso 1 literal d).**- “El ‘control del tabaco’ comprende diversas estrategias de reducción de la oferta, la demanda y los daños con objeto de mejorar la salud de la población eliminando o reduciendo su consumo de productos de tabaco y su exposición al humo de tabaco”.

<sup>441</sup> Marcos Cueto. *El valor de la salud*. *Óp. cit.* p. 44.

<sup>442</sup> Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946.

Disponible en: <[http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)> (acceso: 21/07/2012).

<sup>443</sup> Abraham Horwitz. “Lo positivo y lo negativo del cuidado de la salud en América Latina”. *Óp. cit.* pp.475- 496.

<sup>444</sup> Marcos Cueto. *El valor de la salud*. *Óp. cit.* p. 44.

Con este antecedente, la “Tobacco Plain Packaging Bill” de Australia fue aprobada y entró en vigencia desde el primero de enero de 2012; obligando a la utilización del empaquetado genérico desde el mes de octubre de 2012 por considerarse una medida enfocada a mejorar la salud pública de la población. Con lo que se podría entender, que la protección de la salud de la población es un fin legítimo del Estado y por ende, podría implementarse el empaquetado genérico. Sin embargo, habría que determinar que esta medida, en efecto, cumple con el fin de reducir el consumo de los productos del tabaco, para que así se vea justificada su legitimidad.

#### **4.3. Necesidad**

En relación a la necesidad de la implementación de la medida de empaquetado genérico; en el caso *Lingens c. Austria*, la Corte Europea de Derechos Humanos determinó que la palabra “necesaria” significa que debe haber una “necesidad social apremiante” para que habilite a la restricción; que las razones del Estado para justificar la restricción deben ser “pertinentes y suficientes” y la restricción debe ser “proporcional a la finalidad que se quiera lograr<sup>445</sup>. Con este antecedente, tanto la Organización Mundial de la Salud con su Convenio Marco para el Control del Tabaco y en la “Tobacco Plain Packaging Bill” de Australia establecen la necesidad de eliminar todo tipo de publicidad respecto de los productos del tabaco para así reducir la población fumadora.

Sin embargo, es necesario analizar si el implementar el empaquetado genérico de productos del tabaco cumpliría, de manera pertinente y suficiente, con la necesidad imperante de la sociedad de reducir el número de fumadores. El empaquetado genérico pretende la estandarización de los empaques y que las marcas de las empresas productoras de tabacos no sean utilizadas, sino que sólo se muestre el nombre de la marca en un tipo de letra, diseño y tamaño específico. La Asociación Internacional de Marcas INTA, en el discurso presentado ante el Parlamento Australiano en uno de los

---

<sup>445</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Lingens c. Austria*. Sentencia No. 9815/82, 8 EHRR 407 de 08 de julio de 1986, párrafos 39-40.

debates acerca del Proyecto de la “Tobacco Plain Packaging Bill” expuso que el empaquetado genérico obligará a las empresas a competir únicamente en el precio, haciendo que los productos del tabaco sean más asequibles para el público en general.<sup>446</sup>

Entonces, de cumplirse lo indicado por la INTA, el empaquetado genérico carecería de eficacia, al no ser una medida pertinente y suficiente, y no se estaría cumpliendo con la necesidad social de reducir la población fumadora; ya que si los precios de cada cajetilla de cigarrillos empacados genéricamente bajan, se entendería que la población tendrá mayor acceso para su consumo y seguramente sus ventas aumentarían.

Esto incluso afectaría a la legitimidad de la medida pues el empaquetado genérico podría afectar al derecho a salud y los derechos de los consumidores; puesto que, al enfrentarse las empresas productoras en una “batalla de precios” para acaparar mercado; podrían inclusive verse en la necesidad de bajar la calidad de los productos del tabaco que comercializan afectando aún más a los consumidores y además, su consumo podría aumentar al convertirse en bienes fácilmente asequibles por su bajo precio y por tanto, el empaquetado genérico tendría el efecto contrario al deseado; pues no estaría resguardando los derechos del consumidor ni cumpliendo su finalidad de reducir la sociedad fumadora.

Inclusive, con los argumentos expuestos, podemos evidenciar que el empaquetado genérico no correspondería a una medida directa para que las personas desistan de fumar. Existen medias directas que se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico; por ejemplo, encontramos la prohibición de publicitar en medios masivos establecido en el artículo 19 de la Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco<sup>447</sup>; o la prohibición del expendio y todo tipo de publicidad respecto de los

---

<sup>446</sup> Asociación Internacional de Marcas *Discurso de Segunda Lectura para el Parlamento Australiano*. [www.inta.cl/revistas/nut\\_21/8.pdf](http://www.inta.cl/revistas/nut_21/8.pdf) (acceso: 21/06/2012).

<sup>447</sup> Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco. Registro Oficial 497 de 22 de julio de 2011.

**Artículo 19.-** “Prohibición de publicidad, promoción y patrocinio.- Se prohíbe todo tipo de publicidad, promoción y/o patrocinio de productos de tabaco en todos los medios de comunicación masiva, así como en otros de contacto interpersonal que puedan ser identificados. Esta prohibición incluye al patrocinio de productos de tabaco en actividades deportivas, culturales y artísticas, así como la promoción de programas de responsabilidad social de la industria del tabaco.

La publicidad y promoción de cigarrillos estará permitida únicamente al interior de los lugares donde se comercializa el producto y de acceso exclusivo para mayores de edad y a través de comunicaciones

productos del tabaco establecida en el artículo 39 del Reglamento de bares escolares del Sistema de Educación.<sup>448</sup> Otra medida directa implementada por el Estado es la aplicación del Impuesto a Consumos Especiales (ICE), el cual acarrea un efecto disuasivo tanto en posibles fumadores como en los fumadores debido al aumento de su valor.

Cabe indicar, que en lo concerniente al tabaco, la Corte Superior de Justicia de Brasil reversó decisiones de la Corte de Apelaciones Estatal que otorgaban indemnizaciones por daños y perjuicios presuntamente causados por fumar tabaco.<sup>449</sup> La Corte mencionó que solo después de 1988, los mensajes de advertencia en los empaques de cigarrillos y campañas publicitarias respectivas se hicieron obligatorios, a pesar del hecho de que los riesgos asociados con fumar cigarrillos son del conocimiento público desde hace mucho; por lo que los empaques poco influyen en la decisión de fumar.<sup>450</sup>

Con estos antecedentes, considero que el empaquetado genérico no cumpliría con el principio de necesidad al no resultar en una medida directa y conducente a la finalidad de su creación, que es el reducir la población fumadora.

#### 4.4. Proporcionalidad

Ahora, es necesario analizar cuáles derechos serían vulnerados en caso de que la medida del empaquetado genérico sea implementada y si esta vulneración es proporcional con el objeto de la medida, la disminución de la población fumadora. Para

---

directas por correo electrónico o servicio postal, siempre y cuando el consumidor adulto solicite recibir información por escrito y se compruebe su mayoría de edad”.

<sup>448</sup> Reglamento de bares escolares del Sistema de Educación. Registro Oficial Suplemento 343 de 17 de diciembre de 2010.

**Artículo 39.-** “Se prohíbe el expendio y consumo de cigarrillos, productos del tabaco y/o bebidas alcohólicas, así como la publicidad y promoción en general dentro de las instituciones educativas, en cumplimiento de la Ley Orgánica de Salud. No podrán destinarse, bajo ningún concepto, espacios para fumadores, ni aun en actividades sociales, culturales, deportivas y extracurriculares”.

<sup>449</sup> Corte Suprema de Justicia de Brasil. Causas No. 1.113.804, No. 886.347 y No. 703.575.

<sup>450</sup> Mauricio Maleck. *Límites a la publicidad impuestos por la Corte Superior de Justicia de Brasil*. [http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_content&view=article&id=486&Itemid=551](http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=486&Itemid=551) (acceso: 02/10/2012).

esto es necesario referirnos a los siguientes derechos fundamentales: la libertad de expresión e información y el derecho a la propiedad privada.

En primer lugar, es necesario revisar el impacto en el derecho a la propiedad de los fabricantes de productos del tabaco sobre sus marcas. Cabe recalcar que el derecho a la propiedad en el caso de las marcas es en relación de bienes inmateriales, como lo son los signos distintivos, los cuales constituyen medios de identificación comercial.<sup>451</sup> Además, como lo sostuvo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Derecho de Propiedad Intelectual “es un derecho real, mueble, especial, sobre un bien inmaterial que forma parte del patrimonio de su titular o de quien ostenta dicha calidad”.<sup>452</sup>

En el caso *British American Tobacco Investments Ltd c. Secretary of State for Health*, conocido por la Corte de Justicia Europea donde se analizó la validez de la Directiva del Consejo Europeo 2001/37 concerniente a la manufactura, presentación y venta de productos del tabaco; los demandantes arguyeron que la estandarización del tamaño, fuente y localización de su marca en forma denominativa y la prohibición de utilizar elementos descriptivos priva el ejercicio de su derecho a la propiedad.<sup>453</sup> Este argumento está atado a las tres facultades emanadas del derecho a la propiedad: uso, goce y disposición;<sup>454</sup> al prohibir el uso deseado del propietario respecto de su marca en el empaque de sus productos; se está limitando el derecho respecto a su propiedad privada, ya que el poder incluir el nombre de la marca sin aditamentos de diseño y color, no significa el estar utilizando su marca.

Respecto de la “Tobacco Plain Packaging Bill” de Australia, la INTA le escribió al Comité Permanente del Senado sobre Asuntos Comunitarios de ese país en febrero de 2010, analizando las consecuencias legales de la implementación de esta Ley. En primer lugar arguyó que esta Ley privaría a los titulares de marcas del derecho de usarlas, limitando así sus derechos a la propiedad privada; siendo el derecho marcario una

---

<sup>451</sup> Ermenegildo Baylos Corroza. *Tratado de Derecho Industrial*. Óp. cit. p. 5.

<sup>452</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia en el Proceso de Interpretación Prejudicial 10-IP-94. Jurisprudencia Tomo IV, 1997, p. 66.

<sup>453</sup> Corte de Justicia Europea. *Caso British American Tobacco Investments Ltd c. Secretary of State for Health*. Sentencia de 13 de diciembre de 2002.

<sup>454</sup> Luis Claro Solar. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 216-223.

derivación del derecho a la propiedad; además, se estableció que se trataría de un caso de confiscación de propiedad privada por parte del Estado australiano a menos de que se entregue una compensación económica a los titulares de las marcas que gracias a la mencionada Ley no puedan hacer uso libre de ellas.<sup>455</sup>

Asimismo, la INTA indicó que la implementación de los empaques genéricos traería como consecuencia la violación de tratados internacionales, como el Acuerdo sobre los ADPIC, incluyendo disposiciones que prohíben los obstáculos al registro de marcas en base a la naturaleza de los productos o servicios o el ejercicio de sus derechos.<sup>456</sup>

Cabe indicar que, en el foro judicial australiano las grandes tabacaleras British American Tobacco Australasia, Imperial Tobacco, Japan Tobacco International y Philip Morris presentaron una demanda contra esta Ley arguyendo su inconstitucionalidad por infringir los derechos a la propiedad privada al presentarse una situación de confiscación de los derechos marcarios; asimismo, Philip Morris presentó el 08 de febrero de 2012 una demanda internacional argumentando el incumplimiento de un Tratado Bilateral de Inversión por restricciones ilegítimas de derechos marcarios.<sup>457</sup> El 15 de agosto de 2012 la Corte Suprema de Australia sentenció a favor del Gobierno.<sup>458</sup>

Sin perjuicio de lo decidido por la Corte Suprema de Australia; existen suficientes elementos de convicción que apoyan el argumento que el empaquetado genérico podría afectar al derecho a la propiedad de los titulares de las marcas de productos del tabaco,

---

<sup>455</sup> Asociación Internacional de Marcas *Discurso de Segunda Lectura para el Parlamento Australiano*. [www.inta.cl/revistas/nut\\_21/8.pdf](http://www.inta.cl/revistas/nut_21/8.pdf) (acceso: 21/06/2012).

<sup>456</sup> Alcance al Protocolo de Adhesión del Ecuador a la Organización Mundial del Comercio: Anexo 1C: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Aprobado el 27 de septiembre de 1995 en Ginebra, Suiza. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 977 de 28 de junio de 1996.

**Art. 20.-** “No se complicará injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales, como por ejemplo el uso con otra marca de fábrica o de comercio, el uso en una forma especial o el uso de una manera que menoscabe la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Esa disposición no impedirá la exigencia de que la marca que identifique a la empresa productora de los bienes o servicios sea usada juntamente, pero no vinculadamente, con la marca que distinga los bienes o servicios específicos en cuestión de esa empresa”.

<sup>457</sup> Peter Le Guay. *Tobacco plain packaging update*. [http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_content&view=article&id=452&Itemid=506](http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=452&Itemid=506) (acceso: 30/07/2012).

<sup>458</sup> Lai Lynn Choong y Peter Le Guay. *Australian Government Wins Tobacco Plain Packaging Fight*. [http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_content&view=article&id=526&Itemid=615](http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=526&Itemid=615) (acceso: 12/09/2012).



pues, a pesar que uno de los puntos de debate más controversiales al primer borrador a la “Tobacco Plain Packaging Bill” (aprobar un empaquetado genérico sin alusión a marca alguna) no fue aprobado; sino que fue modulado al permitir mostrar el nombre de la marca sin aditamentos ni diseños y en un modelo estándar a manera de identificación del producto;<sup>459</sup> esta determinación legal, a la luz de los antecedentes presentados, podría considerarse como un limitante al derecho de propiedad toda vez que el serle permitido utilizar el nombre de la marca sin aditamentos de diseño y color, no significa el estar utilizando su marca.

Otro de los derechos fundamentales que podría afectarse por la implementación del empaquetado genérico es la libertad de expresión. Su finalidad es limitar la injerencia del poder público en el ámbito del irrestricto ejercicio de la libertad de expresión formándose así un requisito fundamental dentro de la evolución del hombre en la sociedad.<sup>460</sup>

La libertad de expresión conlleva el imperativo que los seres humanos deben ser libres para formar opiniones y para expresarlas sin reserva, siendo funestas las consecuencias sobre la naturaleza intelectual y mental que el hombre sufre cuando tal libertad no es concedida o afirmada sin reparo de alguna prohibición.<sup>461</sup>

Los Estados siempre han sucumbido al impulso de ejercer control sobre la libertad de expresión; la censura es un instinto social,<sup>462</sup> y esto es lo pretendido por la implementación del empaquetado genérico. Sin embargo, el jurista estadounidense Steven Shiffrin explica lo siguiente:

The government may generally restrict the time, place, or manner of speech, if the restrictions are unrelated to what the speech says and leave people with enough alternative ways of expressing their views.<sup>463</sup>

---

<sup>459</sup> Asociación Internacional de Marcas *Discurso de Segunda Lectura para el Parlamento Australiano*. [www.inta.cl/revistas/nut\\_21/8.pdf](http://www.inta.cl/revistas/nut_21/8.pdf) (acceso: 21/06/2012).

<sup>460</sup> Alicia Baez de Figuerola. *Protección Jurídica de los Derechos Personalísimos y Libertad de Expresión*. *Óp. cit.*, p. 35.

<sup>461</sup> León Duguit. *Manual de Derecho Constitucional*. *Óp. cit.*, p. 26.

<sup>462</sup> Rodney A. Smolla. *Free speech in an open society*. *Óp. cit.*, p. 4.

<sup>463</sup> “El gobierno puede generalmente restringir el tiempo, lugar o forma del discurso, si las restricciones no están relacionadas a lo que dice el discurso y dejan a las personas con suficientes formas alternativas

En el caso del empaquetado genérico, debido a las prohibiciones legales de publicitar en cualquier otro medio; la libertad de expresión estaría siendo afectada; toda vez que no existiría ya medio alguno para publicitar el producto.

Asimismo, dentro del ámbito de la libertad de expresión se encontraría afectada la libertad de información; así Manuel Sánchez de Diego Fernández de La Riva establece que la libertad de una persona se refleja directamente en su derecho a ser informado y a recibir información; por lo que es imperativo que exista un flujo libre de información dentro de la sociedad.<sup>464</sup>

El derecho de los consumidores a estar informados consiste en difundir sin previa restricción la información, y se plasma en distribuirla sin interferencia por parte del Gobierno o cualquier otra función del Estado o del sector privado;<sup>465</sup> por lo que la libertad de información se encuentra íntimamente ligada a los derechos de los consumidores.

Dentro de las Directrices sobre la protección del consumidor, emitidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se establecieron los siguientes derechos de los consumidores:<sup>466</sup>

Artículo 3. Las necesidades legítimas que las directrices procuran atender son las siguientes:

- a) La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad;
- b) La promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores;
- c) El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual;

---

de expresar sus puntos de vista” (traducción libre). Steven Shiffrin. *The First Amendment and Economic Regulation: Away from a general theory of the First Amendment*. 78 Nw. U.L. REV. 1212, 1283, 1983, p. 32.

<sup>464</sup> Manuel Sánchez de Diego Fernández de La Riva. “Periodismo y Sociedad de la Información”. *Algunas reflexiones sobre una realidad próxima*. Óp. cit. p. 603.

<sup>465</sup> Ernesto Villanueva. *Derecho a la información*. Óp. cit. p. 79.

<sup>466</sup> Resolución 39/248. Directrices de Naciones Unidas sobre la protección del consumidor, ampliación de las directrices para la protección del consumidor de manera que incluyan directrices sobre modalidades de consumo sostenible. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de abril de 1985. Disponible en: <[http://www.ceadu.org.uy/documentos/Directrices\\_de\\_NU\\_sobre%20Proteccion\\_del\\_Consumidor.pdf](http://www.ceadu.org.uy/documentos/Directrices_de_NU_sobre%20Proteccion_del_Consumidor.pdf)> (acceso: 30/04/2012).

- d) La educación del consumidor; incluida la educación sobre la repercusión ambiental social y económica que tienen las elecciones del consumidor;
- e) La posibilidad de compensación efectiva al consumidor;
- f) La libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten;
- g) La promoción de modalidades sostenibles de consumo.

El derecho a tomar decisiones debidamente informadas establecido en el literal c) de mencionado artículo, ha sido debidamente desarrollado por ser uno de los derechos del consumidor más trascendentes; al implicar el aseguramiento de la protección de la salud y seguridad del consumidor, recibiendo información acerca de la calidad, cualidades y riesgos de los bienes y servicios que se oferten.<sup>467</sup>

Asimismo, el derecho del consumidor a tomar decisiones debidamente informadas se encuentra reconocido en la Constitución de la República del Ecuador; en el numeral 25 del artículo 66, el cual establece lo siguiente:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:  
 25. El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.

De igual manera, el artículo 4 de Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, en su parte pertinente, reafirma la máxima constitucional que los consumidores deben poder tomar sus decisiones de manera libre y teniendo información completa del producto o servicio ofertado:

Art. 4.- Derechos del Consumidor.- [...]  
 2. Derecho a que proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad; [...]  
 4. Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren presentar; [...]

---

<sup>467</sup> U.S. Department of Health & Human Services. *President's Advisory Commission on Consumer Protection and Quality in the Health Care Industry*. <http://www.hhs.gov/ocr/privacy/> (acceso: 02/06/2012).

7. Derecho a la educación del consumidor, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada de sus derechos; [...]<sup>468</sup>

El derecho a tomar decisiones debidamente informadas es un derecho de los consumidores basado en información objetiva, veraz, clara y completa que debe ser proporcionada por los empresarios que pretenden el consumo de sus productos o la elección de sus servicios ofertados.<sup>469</sup>

Con este antecedente, encontramos el caso *Claude Reyes c. Chile* en donde se ratifica el principio de máxima divulgación de la información como derecho intrínseco de la libertad de expresión; así la Corte sostuvo:

c) de acuerdo a los amplios términos del artículo 13, el derecho al acceso a la información debe estar regido por el ‘principio de máxima divulgación’. La carga de la prueba corresponde al Estado, el cual tiene que demostrar que las limitaciones al acceso a la información son compatibles con las normas interamericanas sobre libertad de expresión. Ello significa que la restricción no sólo debe relacionarse con uno de [los] objetivos [legítimos que la justifican], sino que también debe demostrarse que la divulgación constituye una amenaza de causar substancial perjuicio a ese objetivo y que el perjuicio al objetivo debe ser mayor que el interés público en disponer de la información” (prueba de proporcionalidad)

Dicha motivación vulnera la presunción de máxima divulgación de la información y los principios de proporcionalidad y necesidad que se imponen a las restricciones al derecho a la libertad de expresión. Por un lado, la omisión de entrega se decidió sin consultar previamente a la empresa eventualmente afectada por la publicidad de dicha información y, por otro lado, el Estado no acreditó ante la Corte en qué medida la información requerida pudo haber afectado los derechos de la empresa de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende “no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de *buscar, recibir* y difundir informaciones e ideas de toda índole [...].<sup>470</sup>

De igual forma, en el caso *Kimel c. Argentina*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso que es un derecho fundamental el recibir información y conocer la expresión del pensamiento ajeno:

---

<sup>468</sup> Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 4. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

<sup>469</sup> Jean Calais-Auloy. *Driot de la consommation*. Óp. cit., p. 19.

<sup>470</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Claude Reyes y otros c. Chile*. Serie C No. 151. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

Respecto al contenido de la libertad de pensamiento y de expresión, la Corte ha señalado que quienes están bajo la protección de la Convención tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social:

Ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.<sup>471</sup>

En referencia al empaquetado genérico, éste posiblemente afectaría la libertad de información de los consumidores pues limitaría el principio de máxima divulgación de la información, pues al no presentarse la marca del producto ofertado, los consumidores no estarían recibiendo la información completa respecto de producto ofertado.

Asimismo, se debe considerar que los signos distintivos poseen un fin socio-comercial el cual es la protección del consumidor a no verse confundido,<sup>472</sup> pues las marcas ayudan al consumidor a seleccionar los bienes deseados; éstas identifican la fuente de los bienes y transmiten valiosa información a los consumidores; por lo que, la limitación implementada a través del empaquetado genérico afectaría tanto al titular de la marca, como al mercado mismo y a sus consumidores.

#### **4.5. Estándares de protección al discurso publicitario**

Finalmente, es necesario analizar la implementación del empaquetado genérico de productos del tabaco en relación a los estándares de protección del discurso publicitario dentro de la esfera de ejercicio de la libertad de expresión; así encontramos el caso *Metromedia, Inc. c. San Diego* donde la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.

Este caso dispuso que se protege este tipo de discurso solo si se refiere a una actividad legal y no es engañoso indicando las circunstancias de protección del discurso

---

<sup>471</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Kimel c. Argentina*. Sentencia de 02 de mayo de 2008.

<sup>472</sup> Ermenegildo Baylos Corroza. *Tratado de Derecho Industrial*. Óp. cit. p. 23.

comercial; en este caso proseguiremos a analizar el empaquetado genérico de productos del tabaco a la luz de los cuatro estándares dispuestos por la Corte Suprema de Estados Unidos:

We then adopted a four-part test for determining the validity of government restrictions on commercial speech as distinguished from more fully protected speech. (1) The First Amendment protects commercial speech only if that speech concerns lawful activity and is not misleading. A restriction on otherwise protected commercial speech is valid only if it (2) seeks to implement a substantial governmental interest, (3) directly advances that interest, and (4) reaches no further than necessary to accomplish the given objective.<sup>473</sup>

Debemos analizar si el empaquetado genérico podría resultar una limitación válida a la libertad de expresión analizando si se refiere a una actividad legal y no es engañoso. Si bien, en el Ecuador, el empaquetado genérico no se encuentra reconocido por una norma jurídica, debido a lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 364 de la Constitución de la República,<sup>474</sup> podría considerarse la posibilidad de su regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Sin embargo, esta primera directriz implica dos supuestos: que la publicidad sea legal y el segundo supuesto es que la publicidad a adoptarse no sea engañosa. Habiendo prohibido toda forma de publicidad por otros medios, la publicidad en los empaques es la única que queda y goza de legalidad mientras no sea prohibida. En cuanto al segundo supuesto, a mi parecer, el empaquetado genérico podría provocar confusión en el consumidor toda vez que estaría enervando la esencia de las marcas la cual es permitir a los consumidores que de manera clara puedan distinguir o diferenciar los bienes que ellos realmente desean adquirir acorde a sus preferencias.

---

<sup>473</sup> “Adoptamos una prueba de cuatro partes para determinar la validez de las restricciones gubernamentales hacia el discurso comercial distinguiéndolo de los discursos completamente protegidos. (1) La Primera Enmienda protege el discurso comercial solo si ese discurso se refiere a una actividad legal y no es engañoso. Una restricción en un discurso comercial protegido sólo es válida si (2) busca implementar un interés gubernamental sustancial, (3) directamente avanza hacia ese interés, y (4) no abarca más allá de lo necesario para lograr el objetivo dado” (traducción libre). Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso Metromedia, Inc. c. San Diego*. Sentencia No. 453 U.S. 490 de 2 de julio de 1981.

<sup>474</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. **Artículo 364 inciso 2.-** “[...] El Estado controlará y regulará la publicidad de alcohol y tabaco”.

Ahora se debe analizar si el empaquetado genérico busca implementar un interés gubernamental sustancial, y si directamente avanza hacia ese interés. El interés estatal a resguardar es el derecho a la salud, al ser su protección, política pública de los Estados que ratificaron el Convenio Marco para el Control del Tabaco<sup>475</sup>; sin embargo, como fue evidenciado anteriormente [4.3.]; el empaquetado genérico no constituye una medida directa para cumplir con el fin deseado como es el disminuir la población de fumadores. Por lo tanto, el estándar de interés gubernamental estaría siendo cumplido al pretender mejorar la salud de la población; sin embargo, el tercer estándar no se cumple puesto que este tipo de empaque constituye una medida indirecta para que los fumadores dejen de consumir los productos del tabaco y el disuadir a la población de posibles fumadores de empezar a fumar.

Respecto del último estándar a analizar, el que la medida restrictiva no abarque más allá de lo necesario para lograr el objetivo dado; es necesario hacer referencia al test de proporcionalidad antes expuesto [4.4.], en el cual se concluyó que las posibles afectaciones a los derechos a la propiedad, libertad de información y el derecho de los consumidores a tomar decisiones debidamente informadas no permiten que la medida restrictiva del empaquetado genérico cumpla con este estándar.

Por todo lo expuesto, considero que el empaquetado genérico no cumpliría con el principio de legitimidad, necesidad ni de proporcionalidad; tampoco, a la luz de los estándares establecidos en el caso *Metromedia, Inc. c. San Diego*, pudo subsumirse dentro de los éstos para ser considerado como una limitación legítima al discurso publicitario; por lo que, en mi opinión, la adopción del empaquetado genérico de productos del tabaco coartaría derechos fundamentales debidamente reconocidos unánimemente en diversos tratados internacionales así como en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como lo es la libertad de expresión publicitaria, la libertad de información, el derecho de los consumidores a recibir información completa del

---

<sup>475</sup> Organización Mundial de la Salud. *Convenio Marco para el Control del Tabaco*. Registro Oficial 382 de 26 de octubre de 2006.

**Artículo 1 inciso 1 literal d).**- “El ‘control del tabaco’ comprende diversas estrategias de reducción de la oferta, la demanda y los daños con objeto de mejorar la salud de la población eliminando o reduciendo su consumo de productos de tabaco y su exposición al humo de tabaco”.

producto ofertado, el de tomar decisiones debidamente indormadas y el derecho a la propiedad de los titulares de las marcas de productos del tabaco.

Por lo expesto, concuerdo con lo dispuesto en el caso *Claude Reyes y otros c. Chile* que determinó que las restricciones a derechos fundamentales “no deben ir más allá de lo necesario; sino que deben diseñarse con cuidado para afectar el derecho en el mínimo grado posible”; <sup>476</sup> situación distinta a la implementación del empaquetado genérico, pues se ha evidenciado que la esfera de derechos posiblemente afectados podría ser demasiado amplia para considerarla como una limitación aceptable; más aún considerando que dicha medida no aporta de manera directa a la posible reducción del consumo de productos del tabaco.

---

<sup>476</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Claude Reyes y otros c. Chile*. Serie C No. 151. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.



## CONCLUSIONES

Considero que la implementación del empaquetado genérico de productos del tabaco no lograría superar la prueba de legalidad, legitimidad, necesidad y proporcionalidad; ya que los derechos fundamentales coartados por esta medida no la constituyen como una medida proporcional.

Por lo que, tanto la eliminación de la marca en los empaques como la estandarización del tamaño, tipo de letra y localización del nombre de la marca de tabacos y la prohibición de utilizar colores y elementos gráficos priva el ejercicio del derecho a la propiedad; debido a que se están coartando las facultades de uso y goce razonablemente esperadas por parte de los titulares de las marcas de tabacos; primero, la facultad de uso del derecho a la propiedad privada se frustra al prohibir el uso deseado del propietario respecto de su marca en el empaque de sus productos, pues la marca es un todo (diseño, colores, etc.), no solamente la palabra que pretende permitirse utilizar en el empaquetado genérico.

Tal como lo establece John Luik en su obra “Plain packaging and the marketing of cigarettes”:

Trademark law does not merely serve the limited purpose of protecting private property rights; it ultimately supports the broader public interest in providing accurate information to consumers; branding is entirely about capturing market share and assisting smokers to identify the right product for their personality.<sup>477</sup>

Asimismo, tras la implementación del empaquetado genérico, la libertad de expresión podría ser afectada; toda vez que no existiría medio alguno para publicitar el producto. Además, se encontraría coartada la libertad de información; pues el consumidor vería posiblemente afectado su derecho a ser informado y a recibir información completa respecto del producto ofertado.

---

<sup>477</sup> “El derecho marcario no se limita a servir el propósito limitado de protección de los derechos de propiedad privada, sino que en última instancia apoya el interés general de suministrar información precisa a los consumidores, el establecer marcas se refiere a ganar una posición en el mercado y ayudar a los fumadores a identificar el producto adecuado según su personalidad” (traducción libre). John Luik. *Plain packaging and the marketing of cigarettes*. Oxfordshire: Admap Publications, 1998, *Óp. cit.* p. 47.

Con los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos antes citados, se evidencia que la libertad a recibir información y por ende de tomar decisiones debidamente informadas por parte de los consumidores estarían también siendo vulneradas; esto en concordancia con el derecho de recibir información completa respecto de un producto ofertado en el mercado, establecida en la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, podría constituir una base sólida para impugnar la legalidad de la implementación de los empaques genéricos.

En palabras de la INTA, el empaquetado genérico obligará a las empresas a competir únicamente en el precio, haciendo que los productos del tabaco sean más asequibles,<sup>478</sup> lográndose así el efecto contrario al deseado, ya que al reducirse los precios, posiblemente aumente la demanda de los productos del tabaco.

Por último respecto de la efectividad de la medida en cuestión, el informe de un panel de expertos para Health Canada, denominado “Cuando los empaquetados no pueden hablar: Posibles efectos de la utilización de empaquetados genéricos en productos de tabaco según la Encuesta Nacional de Menores: Conocimiento, actitudes, creencias y comportamientos relacionados con el consumo de tabaco” publicado en marzo de 1995, nos indica lo siguiente:

La mayoría de los menores consigue su primer cigarrillo a través de amigos. No hay una elección de marca: se elige fumar o no fumar. Por lo tanto, en el proceso de comenzar a fumar, la marca y el empaquetado son factores menores. Esto significa que cambiar el empaquetado no tendrá un impacto significativo sobre la decisión de fumar o no fumar.<sup>479</sup>

Lo indicado en este estudio va de la mano con el hecho que el propósito de las marcas es identificar y diferenciar los productos, identificándose así su procedencia empresarial y otras cualidades que facilitan la selección por parte del consumidor, por lo

---

<sup>478</sup> Asociación Internacional de Marcas *Discurso de Segunda Lectura para el Parlamento Australiano*. [ww.inta.cl/revistas/nut\\_21/8.pdf](http://ww.inta.cl/revistas/nut_21/8.pdf) (acceso: 21/06/2012).

<sup>479</sup> Rob Cunningham y Ken Kyle. “The case for plain packaging”. *Óp. cit.* p. 3.

que el eliminar el uso de la marca posiblemente no desincentivará a la gente a dejar de fumar; sino que modificará el comportamiento del consumidor.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

ABERASTURY, Pedro et al. *Poder Político y Libertad de Expresión*. Buenos Aires: Abeldeo-Perrot, 2001.

ALEMANY ZARAGOZA, Eduardo. *Curso del Derecho del Trabajo*. Barcelona: Ediciones Gráficas Rey, 1996.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALONSO OLEA, Manuel y María Emilia Casas Bahamonde. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 2009.

ANON, Brandon. *The US dominates the BrandFinance250 – a comprehensive index of the world's most valuable brands*. London: Brand Finance, 2007.

AÑÓN, José María. *Igualdades, Diferencias y Desigualdades*. México D.F.: Fontamara, 2001.

ARMSTRONG, Gary y Philip Kotler. *Fundamentos de Marketing*. Naucalpán de Juárez: Pearson Educación de México S.A. de C.V., 2003.

ARROYO DEL RÍO, Carlos Alberto. *La Publicidad y Promoción de Alimentos en Ecuador – Nuevo Reglamento*. [http://www.galamarketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_content&view=article&id=401&Itemid=438](http://www.galamarketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=401&Itemid=438).

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE MARCAS. *Discurso de Segunda Lectura para el Parlamento Australiano*. [www.inta.cl/revistas/nut\\_21/8.pdf](http://www.inta.cl/revistas/nut_21/8.pdf).

AUSTRALIAN GOVERNMENT. DEPARTMENT OF HEALTH AND AGEING. *New tobacco graphic health warnings*. <http://www.yourhealth.gov.au/internet/yourhealth/publishing.nsf/Content/tobacco-label-images>.

AZNAR, Hugo. “Cuestiones morales en torno al uso del dolor en la publicidad”. *Comunicación y Sociedad* Vol. II No. 2 (1994): pp. 75-81.

BAACK, Kenneth y Donald Clow. *Publicidad, promoción y comunicación integral en marketing*. Naucalpán de Juárez: Pearson Educación de México S.A de C.V., 2010.

BAEZ DE FIGUEROLA, Alicia. *Protección Jurídica de los Derechos Personalísimos y Libertad de Expresión*. Buenos Aires: Editorial Jurídica Panamericana, 1997.

BAKER, Michael y Susan Hart. *The Marketing Book*. Boston: Vintage Books, 2008.

BAKER, Paul. *Vivir como iguales. Apología de la justicia social*. Barcelona: Paidós, 2000.

BANCO MUNDIAL. *Informe sobre el desarrollo mundial*. Nueva York: Oxford University Press, 1993.

BARGE-GIL, María Jesús y Luís Nieto Santamaría. “¿Hay innovación más allá de la I+D? El papel de otras actividades innovadoras”. *Universia Business Review* (2009): pp. 102-117.

BARROS, Robert J. *Law and Dictatorship*. Port Chester, Nueva York: Cambridge University Press, 2002.

BASTERRA, Marcela. *El derecho fundamental de acceso a la información pública*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

BAYLOS CORROZA, Ermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial*. Madrid: Civitas, 1978.

BENEYTO, Juan. “El derecho a ser informado”. *Revista Persona y Derecho* No. V (1978): pp. 16-38.

BERNAL PULIDO, Carlos. “El Concepto de Libertad en la Teoría Política de Norberto Bobbio”. *Revista de Economía Institucional de la Universidad Externado de Colombia* (2006) pp. 55-75.

BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Ediar, 2007.

BILANCIO, Guillermo. *Marketing, las ideas, el conocimiento y la acción*. Naucalpán de Juárez: Pearson Educación de México S.A. de C.V., 2008.

BLANCKETT, Tom. *What is a Brand?*. Nueva York: Bloomberg Press, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Kant y las Dos Libertades, Teoría General de la Política*. Madrid: Trotta, 2003.

BODDEWYN, Jean J. “Controlling Sex and Decency in Advertising around the world”. *Journal of Advertising* Vol. 20 No. 4 (1991): pp. 25-35.

BORRAJO DACRUZ, Efrén. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 2000.

BOURGOIGNIE, Thierry. *Éléments pour une théorie du Droit de la consommation*. Bruselas: E. Story-Scientia, 1988.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson-Constitucional, 2004.

BROOKS, Rick. "Unequal Treatment: Alienating Customers isn't always a bad idea, many firms discover". *Wall Street Journal* (1999): pp. 1-28.

BROWN, Theodore y Elizabeth Fee. "Why history?" *American Journal of Public Health* (1997): pp. 1763-1764.

BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995.

CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consommation*. París: Dalloz, 1986.

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. *Current and Emerging Intellectual Property Issues for Business, a Roadmap for Business and Policy Makers*. París: CCI, 2007.

CANU, Roland y Frank Cochoy. "La publicité comparative, ou comment se faire justice à soi-même en passant par le droit". *Revue française de sociologie* Vol. 47 No. 1 (2006): pp. 81-115.

CARBONELL, Miguel y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *El Derecho al Medio Ambiente*. México D.F.: Porrúa, 2005.

CENTRO INTERNACIONAL DE RECURSOS. *Campaña para Niños Libres de Tabaco*. [http://tobaccofreecenter.org/es/tobacco\\_treaty](http://tobaccofreecenter.org/es/tobacco_treaty).

CHANT, Catherine y Peter LeGuay. *Proyecto de ley de empaquetado genérico de tabaco - Política de Salud versus Derechos de Propiedad Intelectual*. [http://www.galamarketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_content&view=article&id=400&Itemid=436](http://www.galamarketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=400&Itemid=436).

CHAPMAN, Simon, Becky Freeman y Matthew Rimmer. "The case for the plain packaging of tobacco products". *Reports on Industry Activity from Outside UCSF, Center for Tobacco Control Research and Education, UC San Francisco* (2007): pp. 1-23.

CHIRIBOGA ZAMBRANO, Galo y Hernán Salgado Pesantes. *Los Derechos Fundamentales*.

[http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2606%3Alos-derechos-fundamentales&catid=31%3Aderechoconstitucional&Itemid=420](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2606%3Alos-derechos-fundamentales&catid=31%3Aderechoconstitucional&Itemid=420).

CHOONG, Lai Lynn y Johan Pietersz. *Guardián de la Publicidad de Alcohol*.

[http://www.galamarketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_content&view=article&id=519%3AAustralia-guardian-de-la-publicidad-de-alcohol&catid=77%3Agala-gazette&Itemid=331](http://www.galamarketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=519%3AAustralia-guardian-de-la-publicidad-de-alcohol&catid=77%3Agala-gazette&Itemid=331).

CHOONG, Lai Lynn y Peter Le Guay. *Australian Government Wins Tobacco Plain Packaging Fight*.

[http://www.galamarketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_content&view=article&id=526&Itemid=615](http://www.galamarketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=526&Itemid=615).

CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978.

CLAYTON, Richard y Hugh Tomlinson. *The Law of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

CLEMENTES, Richard B. *Guía completa de las normas ISO 14000*. Barcelona: Ediciones Gestión 2000 S.A., 1997.



CONTRERAS PELÁEZ, Federico. *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid: Temis, 1994.

COOPER, Kent. *The Right to Know. An Exposition of the Evils of News Suppression and Propaganda*. Nueva York: Farrar Straus & Giroux, 1956.

CORK, Arnold. "A matter of image". *World Tobacco* (2004): pp. 2-19.

CROSBY, Scott. "The new Tobacco Control Directive: an illiberal and illegal disdain for the law". *European Law Review* No. 10 (2002): pp. 20-27.

CROSS, Harold L. *The people's right to know*. Nueva York: Columbia University Press, 1953.

CUETO, Marcos. *El valor de la salud*. Washington D.C.: Organización Panamericana de la Salud, 2004.

CUNNINGHAM, Rob y Ken Kyle. "The case for plain packaging". *Tobacco Control* Vol. 4 No. 1 (1995): pp. 80-86.

DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. *Instituciones de Derecho del Trabajo. Ordenamiento y defensa de los derechos laborales*. Madrid: Ceura, 1991.

DELLA COSTA, Héctor. *El Derecho de Autor y su Novedad*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1971.

DEPARTAMENTO CANADIENSE DE SALUD Y BIENESTAR NACIONAL. *Nouvelle perspective de la santé des canadiens*. Ottawa: Departamento Canadiense de Salud y Bienestar Nacional, 1974.

DERIEUX, Emmanuel. *Cuestiones ético-jurídicas de la información*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1999.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de derechos fundamentales*. Segunda Edición. Madrid: Civitas, 2005.

DOUST, Denise. "The ethics of ambush marketing". *Cyber-Journal of Sport Marketing* Vol. 1 No. 3 (1998): pp. 110-125.

DUGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Beltrán, 1966.

EGUIZÁBAL MAZA, Raúl. "De la publicidad como actividad de producción simbólica". *Nuevas tendencias en la publicidad del siglo XXI*. López, María Isabel Martín Requero y María Cruz Alvarado (coords.). Sevilla: La Reserva Servicios Editoriales, 2007.

ESTEVE, José Manuel. *Influencia de la publicidad en televisión sobre los niños*. Madrid: Narcea, 1983.

FARNSWORTH, Dominic. *Decency in Advertising*. <http://www.lewissilkin.com>

FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos. *Tratado sobre Derecho de Marcas*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004.

FISHEL, Catharinel. *Designing for Children, marketing design that speaks to kids*. Gloucester: Rockport Publishers, 2001.

FISS, Owen M. *The Irony of Free Speech*. Londres: Harvard University Press, 1996.

GAMBLE, Kieran. *Advertising Standards Board (ASB) Upholds First Complaint under the Australian Association of National Advertisers' (AANA) Code for Advertising to Children*.

[http://www.galamarketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_content&view=article&id=119&Itemid=119](http://www.galamarketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=119&Itemid=119).

GOLDBER, Marvin. "The effect of plain packaging on response to health warnings". *American Journal of Public Health* Vo. 4 No. 2 (1999): pp. 15-22.

GORDILLO, José Luis. *La protección de los bienes comunes de la humanidad*. Madrid: Trotta, 2006.

GREENBAUM, Jeffrey Shelly Paioff y Terri Seligman. *La FTC concluye investigación sobre afirmaciones de mercadeo ambiental hechas en publicidad de arena para gatos*. [http://www.galamarketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_content&view=article&id=464&Itemid=516](http://www.galamarketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=464&Itemid=516).

GUERRA, María Cristina. *Publicidad comparativa ¿sin competencia desleal?* <http://www.falconipuig.com/cyberlex/tag/publicidad-comparativa/>.

GUTIÉRREZ NÁJERA, Raquel. *Introducción al estudio del Derecho Ambiental*. México D.F.: Porrúa, 2000.

HARIOU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Barcelona: Ariel, 1980.

HAYEK, Friedrich A. *Monetary Theory and the Trade Cycle*. Nueva York: Augustus M. Kelley Publishers, 1966.

HERRERO TEJEDOR, Fernando. *Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Madrid: Colex, 1994, p. 77.

HILLION, Christophe. "Tobacco Advertising: If You Must, You May". *The Cambridge Law Journal* No. 31 (2001): pp. 22-34.

HOROWITZ, Abraham. "Lo positivo y lo negativo del cuidado de la salud en América Latina". *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana* (1999): pp. 475-496.

HUDSON, David. Branded Entertainment: “A New Advertising Technique or Product Placement in Disguise?”. *Journal of Marketing Management* Vol. 22 No. 5/6 (2006): pp. 489-504.

HUGO MARTINS, Daniel. “The Protection of Human Rights in Connection with the Suspension of Guarantees or ‘State of Siege’” *The Organization of American States and Human Rights* (1972): pp. 150-182.

INFORME DEL RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS No. 142. *Promoción y protección del derecho a libertad de opinión y expresión*. ONU Doc. E/CN.4/2000/63 de 18 de enero 2000.

KAPFERER, Jean-Noel. *Strategic Brand Management*. Nueva York: The Free Press, 1992.

KATZ, Barry M. “Technology and design: a new agenda”. *Technology and Culture* Vol. 38, No. 2 (1997): pp. 452-466.

KIRKPATRICK, Janice. *Packaging*. San Luis: Art Blume, 2009.

KIZNER, Israel M. *Competencia y Empresarialidad*. Madrid: Unión Editorial, 1998.

LAWSON, Beede P. “The effect of plain packages on the perception of cigarette health warnings”. *American Journal of Public Health* Vol. 1 No. 3 (1992): pp. 9-17.

LEE, Kam-Hon. “The Informative and Persuasive Functions of Advertising: A Moral Appraisal”. *Journal of Business Ethics* (1997): pp. 55-57.

LEGUAY, Peter y Holly Gay. *ACCC continues to pursue green claims*. <http://www.gala->

marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\_content&view=article&id=183:australia-ccc-continues-to-pursue-green-claims&catid=86:asia-a-pacific&Itemid=86.

LEHU, Jean-Marc. "Seamless Brand Integration". *Brand Strategy* No. 211 (2007): pp. 34-35.

LINDEMANN, Jan. *Brand Valuation, in Brands and Branding*. Nueva York: Bloomberg Press, 2004.

MAESTRE SÁNCHEZ, Pablo y Victoria Wilche. *Los instrumentos del nuevo orden mundial: el derecho, la economía, la ciencia, el lenguaje y la religión en la sociedad del siglo XXI*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2011.

MALECK, Mauricio. *Límites a la publicidad impuestos por la Corte Superior de Justicia de Brasil*. [http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_content&view=article&id=486&Itemid551](http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=486&Itemid551).

MATTELART, Armand. *La Publicidad*. Barcelona: Paidós, 1991.

MCKELVEY, Steve. "Sans legal restraint, no stopping brand, creative ambush marketers". *Brandweek* Vol. 35 No. 24 (1994): pp. 20-26.

MEENAGHAN, Tony. "Ambush Marketing: A Threat to Corporate Sponsorship?". *Sloan Management Review* Vol. 38 No.1 (1996): pp. 103-113.

MEZA BARROS, Ramón. *Manual de Derecho Civil y las Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA DEL ECUADOR. *Nuevas advertencias en cajetillas de cigarrillos buscan precautar la salud*. <http://instituciones.msp.gob.ec/misalud/index>.

php?option=comcontent&view=article&id=675:nuevas-advertencias-en-cajetillas-de-cigarrillos-buscan-precautelar-la-salud&catid=51:mi-salud-al-dia&Itemid=242.

MIRANDAH, Patrick. *Imagen de Jesús sosteniendo un cerveza y un cigarrillo causa indignación*. [http://www.galamarketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_content&view=article&id=418&Itemid=458](http://www.galamarketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=418&Itemid=458).

MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho*. Bogotá: Temis, 2003.

MONTESQUIEU, Charles. *El Espíritu de las Leyes*. Madrid: Tecnos, 1995.

MORGAN, Nigel, Annette Pritchard y Roger Pride. *Destination Brands: managing place reputation*. Oxford: El Sevier, 2011.

MYERS, Norman. *El futuro de la Tierra*. Londres: Gaia Books Ltd., 1992.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *WIPO Intellectual Property Manual*. Ginebra: OMPI, 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Diez datos sobre la epidemia de tabaquismo y el control mundial del tabaco*. Ginebra: OMS, 2008.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Directrices sobre el empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco*. [http://www.who.int/fctc/guidelines/article\\_11\\_es.pdf](http://www.who.int/fctc/guidelines/article_11_es.pdf).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Estadísticas Sanitarias Mundiales 2012*. [www.who.int/gho/publications/world.../ES\\_WHS2012\\_Full.pdf](http://www.who.int/gho/publications/world.../ES_WHS2012_Full.pdf).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Productos de consumo sensible: Sinopsis de la estimación del consumo interno*.  
[www.wto.org/spanish/tratop\\_s/agric\\_s/sensprods\\_flowshart\\_s.pdf](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/agric_s/sensprods_flowshart_s.pdf).

OTAMENDI, Jorge. *Derecho de Marcas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

PALADIN, Livio. *Diritto costituzionale*. Padova: Cedam, 1995.

PALMER, Andrew. *The Product. Principles of Marketing*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

PARASHIV, Corina y Sarah Spiekermann,. *Motivating Human-Agent Interaction: Transferring insights from Behavioral Marketing*. La Haya: Kluwer Law International, 2002.

PATÍÑO ALVES, Beatriz. *La licitud o ilicitud de la publicidad comparativa*.  
<http://www.beatrizpatino.com/n-7-la-licitud-o-ilicitud-de-la-publicidad-comparativa>.

PECES-BARBA, Gregorio et al. *Historia de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 1998.

PEREIRA, Fábio y Rafael Vazquez. *La ley de la Copa Mundial*. [http://www.galamarketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_content&view=article&id=539:brasil-la-ley-de-la-copa-mundial&catid=77:gala-gazette&Itemid=628](http://www.galamarketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=539:brasil-la-ley-de-la-copa-mundial&catid=77:gala-gazette&Itemid=628).

PÉREZ DE DOMINGO, Tomás. *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

PERSAUD, Raj. "The Art of Product Placement". *Brand Strategy* No. 216 (2007): pp. 30-31.

PHILIP MORRIS INTERNATIONAL. *El empaquetado genérico*. [http://www.pmi.com/esp/tobacco\\_regulation/regulating\\_tobacco/pages/generic\\_packaging.aspx](http://www.pmi.com/esp/tobacco_regulation/regulating_tobacco/pages/generic_packaging.aspx).

PIÑEIRO SALGUERO, José y Antoni Rubí Puig. *Ambush marketing en eventos deportivos*. Barcelona: Paidós, 2007.

PIRES DE CARVALHO, Nuno. *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*. La Haya: Kluwer Law International, 2011.

PIZAM, Abraham y Youcheng Wang. *Destination marketing and management theories and applications*. Cambridge: CAB International, 2011.

PORTER, Glenn. "Cultural Forces and Commercial Constraints: Designing Packaging in the Twentieth-Century United States". *Journal of Design History of Oxford University* Vol. 12, No. 1 (1999): pp. 25-43.

PUYOL, Ángel. *El discurso de la desigualdad*. Barcelona: Paidós, 2001.

RECOMBU. *Hyundai Santa Fe convierte a las mujeres en zombis sexuales en una nueva publicidad en Europa*. <http://recombu.com/cars/articles/news/hyundai-santa-fe-turns-women-to-sex-zombies-in-new-european-ad>.

RIES, Al y Jack Trout. *Posicionamiento, el concepto que ha revolucionado la comunicación publicitaria y la mercadotecnia*. México D.F.: McGraw-Hill, 1988.

RING, Jim. *La publicidad a debate*. Barcelona: Folio, 1994.



RÍOS ESTAVILLO, Juan José. *Derecho a la Información en México*. México D.F.: Porrúa, 2005.

RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. París: Themis, 1977.

ROBESPIERRE, Maximilien. *Libertad, Igualdad, Fraternidad*. Buenos Aires: Longseller, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El origen de la desigualdad*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1997.

SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. *La libertad de expresión en el Estado de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1987.

SABORIT, José. *La imagen publicitaria en televisión*. Madrid: Cátedra, 1988, p. 77.  
*Advertising* Vo.1 No.1 (1973): pp. 9-27.

SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel. “Periodismo y Sociedad de la Información”. *Algunas reflexiones sobre una realidad próxima*. Fernando Ripoll Molines et al (coords.). Madrid: Facultad de Ciencias de la Información, 2001.

SÁNCHEZ FREYTES, Alejandro. *Libertad de Expresión, límites jurídicos institucionales*. Buenos Aires: Advocatus, 2002.

SANDAGE, Charles H. “Some Institutional Aspects of Advertising”. *Journal of Advertising* Vo.1 No.1 (1973): pp. 9-27.

SCHULTZ, Don E. “Integration helps you plan communication from outside-in”. *The Marketing News* (1993): pp. 12-22.

SEMPRINI, Andrea. *El marketing de la marca*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1995.

SEN, Anartia. "Work and Rights". *International Labour Review* 139.2 (2000): pp. 112-128.

SHELL, Andrew. "Ambush Marketers will win no medals". *Public Relations Journal* Vol. 50 (1994): pp. 11-20.

SHERWOOD, Robert M. *Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico. Una Nueva Estrategia para la Competitividad Científica*. Buenos Aires: Heliasta, 1995

SHIFFRIN, Steven. *The First Amendment and Economic Regulation: Away from a general theory of the First Amendment*. 78 Nw. U.L. REV. 1212, 1283, 1983

SMOLLA, Rodney A. *Free Speech in an Open Society*. Nueva York: Vintage Books, 1992.

STIGLITZ, Gabriel. *Defensa de los consumidores de productos y servicios*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2001.

STOCKMAN, Alan C. et al. *La Libre empresa, imperativo moral*. Madrid: Unión Editorial, 1977.

STRAUBER, Ira L. "The Rhetorical Structure of Freedom of Speech". *Polity* Vol. 19, No. 4 (1987): pp. 507-528.

STUART MILL, John. *Sobre la Libertad*. Madrid: Alianza, 1988.

SUSTEIN, Cass R. *Democracy and the problem of free speech*. Nueva York: The Free Press, 1995.

SWAY, RoxAnna. "Four Critical Seconds". *Display & Design Ideas* Vol. 17 No. 11 (2005): pp. 1-10.

TAPIA ROCHA, José Luis. “La Libre Empresa como Derecho Humano”. *ILE Instituto de Libre Empresa*. <http://es.scribd.com/doc/99504245/La-Libre-Empresa-Como-Derecho-Humano-Jose-Luis-Tapia->

TRUMPY, Thomas. “Consumer protection and product liability, Europe and the EEC”. *The North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* Vol. 2 No. 1 (1986): pp. 320-336.

U.S. DEPARTMENT OF HEALTH & HUMAN SERVICES. *President's Advisory Commission on Consumer Protection and Quality in the Health Care Industry*. <http://www.hhs.gov/ocr/privacy/>.

UZCÁTEGUI URDANETA, Mariano. *Propiedad Industrial*. Caracas: CEPSAL, 1970.

VÁSQUEZ SÁNCHEZ, Rafael. *La libertad e igualdad jurídica como principios generales del derecho*. México D.F.: Porrúa, 1995.

VERNON, John M. “Concentration, Promotion, and Market Share Stability in the Pharmaceutical Industry”. *Journal of Industrial Economics* (1971): pp. 146-266.

VILLANUEVA, Ernesto. *Derecho a la información*. México D.F.: Miguel Ángel Porrúa, 2006.

WELLS, William John Burnett y Sandra Moriarty. *Publicidad principios y prácticas*. México D.F.: Prentice-Hall Hispanoamérica S.A., 1996.

WHEELER, Alina. *Designing Brand Identity*. Hoboken: John Wiley & Sons Inc., 2006.

WOLBERG KUPERSCHMIT, David. *No más modelos israelíes anoréxicos*. [http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com\\_content&view=article&id=522%3Aisrael-no-mas-modelos-israelies-anorexicos&catid=77%3Agalagazette&Itemid=331](http://www.gala-marketlaw.com/joomla4/index.php?option=com_content&view=article&id=522%3Aisrael-no-mas-modelos-israelies-anorexicos&catid=77%3Agalagazette&Itemid=331).

## JURISPRUDENCIA

Corte de Justicia Europea. *Caso British American Tobacco Investments Ltd c. Secretary of State for Health*. Sentencia de 13 de diciembre de 2002.

Corte Constitucional de Italia. Sentencia No. 106/196219 de diciembre de 1962.

Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de los Estados Unidos. *Caso Scandia Down Corp c. Euroquilt Inc.* Sentencia No. 772 F.2d 1423 de 13 de septiembre de 1985.

Comisión Europea de Derechos Humanos. *Caso Liljenberg c. Suecia*. Sentencia No. 9664/82 de 1982.

Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Ahmed y otros c. Gran Bretaña*. Sentencia de 02 de septiembre de 1998, párrafo 54.

Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Hertel c. Suiza*. Repertorio 1998-VI, p. 2334, apéndice 6325. Sentencia de 25 de agosto de 1998, párrafo 42.

Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Lingens c. Austria*. Sentencia No. 9815/82, 8 EHRR 407 de 08 de julio de 1986, párrafos 39-40.

Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Otto-Preminger-Institut c. Austria*. Causa No. 13470/87 20. Sentencia de 20 de septiembre de 1994.

Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Sürek y Özdemir c. Turquía*. Sentencia de 8 de julio de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Claude Reyes y otros c. Chile*. Serie C No. 151. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Claude Herrera Ulloas c. Costa Rica*. Sentencia de 02 de julio de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Kimel c. Argentina*. Sentencia de 02 de mayo de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Causa la colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva No. OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Yatama c. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005, párrafos 185-186.

Corte Suprema de Brasil. Causas No. 1.113.804, No. 886.347 y No. 703.575.

Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso Abrams c. United States*. Sentencia N° 250 U.S. 616 de 10 de noviembre de 1919.

Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso Barenblatt c. United States*. Sentencia No. 360 U.S. 109. 126 de 8 de junio de 1959.

Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso Central Hudson Gas & Electric Corp. c. Public Service Comm'n*. Sentencia No. 447 U.S. 557 de 20 de junio de 1980.

Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso Haig c. Agee*. Sentencia No. 453 U.S. 280 de 29 de junio de 1981.

Corte Suprema de los Estados Unidos. *Caso Chaplinsky c. New Hampshire*. Sentencia No. 315 U.S. 568 de 9 de marzo de 1942.

Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso Dennis c. United States*. Sentencia No. 341 U.S. 494 de 4 de junio de 1951.

Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso Metromedia, Inc. c. San Diego*. Sentencia No. 453 U.S. 490 de 02 de julio de 1981.

Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso Mishawaka Rubbwe & Woolen MFG. Co. c. S.S. Kresge Co.* Sentencia No. 316 U.S. 203 de 04 de mayo de 1942.

Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso Stanley c. Georgia*. Sentencia No. 394 U.S. 557 de 7 de abril de 1969.

Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso West Virginia State Board of Education c. Barnette*. Sentencia No. 319 U.S. 62 de 14 de junio de 1943.

Tribunal Constitucional de Ecuador. *Resolución de la Tercera Sala*. Causa No. 0187-04-R.A. Sentencia de 18 de mayo de 2004. Registro Oficial No. 357 de 16 de junio de 2004.

Tribunal Constitucional de España. Causa No. STC 6/1988, de 21 de enero de 1988.

Tribunal Constitucional de España. Sentencia No. 7/1983 de 25 de agosto de 1983.

Tribunal Constitucional de España. Sentencia No. 8/1986 de 12 de enero de 1986.

Tribunal Constitucional de España. Sentencia No. 60/1984 de 16 de febrero de 1984.

Tribunal Constitucional de España. Sentencia No. 173/1995 de 21 de noviembre de 1995.

Tribunal Constitucional de España. Sentencia No. 176/1995 de 11 de diciembre de 1995.

Tribunal Constitucional de España. Sentencia No. 249/1983 de 03 de agosto de 1983.

Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Sentencia de la Segunda Sala No. BVerfGE 26, 302 de 09 de julio de 1969.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia en el Proceso de Interpretación Prejudicial 10-IP-94. Jurisprudencia Tomo IV, 1997, p. 66.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Caso Arsenal Football Club plc c. Mathew Reed*. Causa No. C-2006/01. Sentencia de 12 de noviembre de 2002.

## **PLEXO NORMATIVO**

Acuerdo Ministerial No. 00000407 expedido por el Ministerio de Salud Pública. Registro Oficial No. 671 de 28 de marzo de 2012.

Acuerdo No. 134-2008. Registro Oficial No. 539 de 03 de marzo de 2009.

Alcance al Protocolo de Adhesión del Ecuador a la Organización Mundial del Comercio: Anexo 1C: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Aprobado el 27 de septiembre de 1995 en Ginebra, Suiza. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 977 de 28 de junio de 1996.

Arreglo de Niza relativo a la clasificación internacional de productos y servicios para el registro de las marcas (1957). Adoptado en 1957, revisado en Estocolmo (1967) y en Ginebra (1977) y modificado en 1979.

Disponible en: <[www.aepi.org.ec/aepi/index.php?option=com\\_docman](http://www.aepi.org.ec/aepi/index.php?option=com_docman)>

Bill of Rights of the United States of America. First Amendment. Ratificada el 15 de diciembre de 1791.

Disponible en: <<http://www.usconstitution.net/const.html>>.

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). Aprobada durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana en Nairobi, Kenia el 27 de julio de 1981.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/1297>>.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007). Adoptada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007.

Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403ES:PDF>>.

Carta Social Europea (1961). Aprobada por el Consejo de Europa en Turín, el 18 de octubre de 1961.

Disponible en: <<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/CSE/1961-CSE.htm#a18>>.

Code of Non-broadcast Advertising, Sales Promotion and Direct Marketing. Expedido por la Advertising Standards Authority y el Committee of Advertising Practice en 2010.

Disponible en: <[http://www.cap.org.uk/Advertising-Codes/~/\\_media/Files/CAP/Codes%20CAP%20pdf/CAP%20Code%209%20oct%2012\(1\).ashx](http://www.cap.org.uk/Advertising-Codes/~/_media/Files/CAP/Codes%20CAP%20pdf/CAP%20Code%209%20oct%2012(1).ashx)>.

Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11 numeral 6. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/>>



0001>.

Convención sobre los derechos del niño. Registro Oficial Suplemento No. 153 de 25 de noviembre de 2005.

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883). Adoptado en 1883, revisado en Bruselas (1900), en Washington (1911), en La Haya (1925), en Londres (1934), en Lisboa (1958) y en Estocolmo (1967) y enmendado en 1979. Publicado en el Registro Oficial 244 de 29 de julio de 1999.

Disponible en:  
<[http://www.wipo.int/wipolex/es/wipo\\_treaties/text.jsp?doc\\_id=131045&file\\_id=177595](http://www.wipo.int/wipolex/es/wipo_treaties/text.jsp?doc_id=131045&file_id=177595)>.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950). Adoptado por el Consejo de Europa, en Roma, el 4 de noviembre de 1950.

Disponible en: <[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D800CBD20E595/0/CONVENTION\\_ESP\\_WEB.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D800CBD20E595/0/CONVENTION_ESP_WEB.pdf)>.

Decisión 486: Régimen Común Sobre Propiedad Industrial. Aprobada por la Comisión de la Comunidad Andina el 14 de septiembre de 2000. Publicada en el Registro Oficial 258 de 02 de febrero de 2011.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá el 2 de mayo de 1948.

Disponible en: <<http://www.cidh.org/basicos/Basicos1.htm>>.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Artículo 10. Aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, 26 de agosto de 1789.

Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>>.

Declaración Conjunta adoptada por el Relator Especial de la ONU para Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) sobre la Libertad de los Medios de Comunicación Social y el Relator Especial de la OEA sobre la Libertad de Expresión en 2004 (2004), el 6 diciembre 2004.

Disponible en: <<http://www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/0/9A56F80984C8BD5EC1256F6B005C47F0?opendocument>>.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Artículo 4. Aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, 26 de agosto de 1789.

Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/22/pr/pr19.pdf>>.

Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión en África (2002). Adoptada en la 32ª Sesión Ordinaria de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Banjul, La Gambia el 23 de octubre de 2002.

Disponible en: <[http://www.achpr.org/english/declarations/Declaración\\_freedom\\_exp\\_en.html](http://www.achpr.org/english/declarations/Declaración_freedom_exp_en.html)>.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992). Adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en Río de Janeiro, 14 de junio de 1992.

Disponible en: <[http://www.un.org/esa/dsd/agenda21\\_spanish/res\\_riodecl.shtml](http://www.un.org/esa/dsd/agenda21_spanish/res_riodecl.shtml)>.

Declaración Interamericana de Principios sobre Libertad de Expresión (2000). Adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108º período ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 octubre de 2000.

Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/22.DECLARACIÓN%20DE%20PRINCIPIOS.pdf>>.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Artículo 29 numeral 2. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

Disponible en: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf>>.

Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Adoptada por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea el 12 de diciembre de 2006

Disponible: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006L0114ES:NOT>>.

Ley de Abusos de Publicidad de Chile. Ley número 17.336. Promulgada el 28 de agosto de 1970 y publicada el Diario Oficial del 2 de octubre de 1970, con sus modificaciones posteriores, incorporadas en la Ley número 18.957, publicada en el Diario Oficial del 5 de marzo de 1990.

Ley de Propiedad Intelectual. Registro Oficial Suplemento 426 de 28 de diciembre 2006.

Ley de Radiodifusión y Televisión. Registro Oficial 785 de 18 de abril de 1975.

Ley General de Publicidad de España. Ley 34/1988 de 11 de noviembre de 1988.

Disponible en:

<<http://recursos.cnice.mec.es/media/publicidad/extras/docente/PDF/Ley%20General%20de%20Publicidad.pdf>>.

Ley Nacional de Lucha contra el Alcoholismo. Ley No. 24.788 sancionada por el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso el 05 de marzo de 1997.

Disponible en: <<http://www.sada.gba.gov.ar/legislacion/nacional/05%20-%20Ley%2024788%20-%20Alcohol%20-%20Lucha%20contra%20el%20alcoholismo.pdf>>.

Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Ley Orgánica de Salud. Registro Oficial Suplemento 423 de 22 de diciembre de 2006.

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia. Registro Oficial Suplemento 578 de 27 de abril de 2009.

Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco. Registro Oficial 497 de 22 de julio de 2011.

Organización Mundial de la Salud. *Convenio Marco para el Control del Tabaco*. Registro Oficial 382 de 26 de octubre de 2006.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>>.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>>.

Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1984). Adoptados en Siracusa, Italia el 24

de agosto de 1984 por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el 41º Período de sesiones.

Disponible en: <<http://www.derechos.org/nizkor/excep/siracusa84.html>>.

Recomendación R(2002)2 adoptada por el Comité de Ministros de Estados Miembros del Consejo de Europa sobre el acceso a documentos oficiales de 21 febrero 2002.

Reglamento a la Ley de Radiodifusión y Televisión. Registro Oficial Suplemento 864 de 17 de enero de 1996.

Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial 287 de 19 de marzo de 2001.

Reglamento a la Ley Orgánica de Salud. Registro Oficial No. 457 de 30 de octubre del 2008.

Reglamento a la Ley Orgánica para la Regulación y Control del Tabaco. Registro Oficial 648 de 27 de febrero de 2012.

Reglamento para la publicidad y promoción de medicamentos en general, productos naturales procesados de uso medicinal, medicamentos homeopáticos y dispositivos médicos. Acuerdo Ministerial 179. Registro Oficial 416 de 30 de marzo de 2011.

Resolución 39/248. Directrices de Naciones Unidas sobre la protección del consumidor, ampliación de las directrices para la protección del consumidor de manera que incluyan directrices sobre modalidades de consumo sostenible. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de abril de 1985.

Disponible en: <[http://www.ceadu.org.uy/documentos/Directrices\\_de\\_NU\\_sobre%20Proteccion\\_del\\_Consumidor.pdf](http://www.ceadu.org.uy/documentos/Directrices_de_NU_sobre%20Proteccion_del_Consumidor.pdf)>.

Resolución 59(1). Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas durante su primera sesión de 14 de diciembre 1946.

Self-regulatory principles for online behavioral advertising. Adoptados en julio de 2009 por la “American Association of Advertising Agencies”, la “Association of National Advertisers” la “Direct Marketing Association” y el “Interactive Advertising Bureau”. Disponible en: <<http://www.iab.net/media/file/ven-principles-07-01-09.pdf>>.

Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas (2006). Adoptado en Singapur el 27 de marzo de 2006.

Disponible en: <[http://www.wipo.int/treaties/es/ip/singapore/pdf/singapore\\_treaty.pdf](http://www.wipo.int/treaties/es/ip/singapore/pdf/singapore_treaty.pdf)>.